المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة

مركز التميز البحثي
في فقه القضايا المعاصرة

سلسلة قضايا فقهية معاصرة (٩)

مبادئ الاجتهاد في التعزير

(دراسة تأصيلية)

إعداد
أ.د. عياض بن نامي السلمي
مدير مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة

١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م

الطبعة الأولى

مبادئ الاجتهاد في التعزير

دراسة تأصيلية

بسم الله الرحمن الرحيم

ح جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية. مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، ١٤٣٥هـ.

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر.

السلمي، عياض بن نامي.

مبادئ الاجتهاد في التعزير: دراسة تأصيلية

قضايا فقهية معاصرة: **٩**

الرياض، ١٤٣٥هـ/٢٠١٤م.

٩٥ ص، ١٧×٢٤سم

ردمك: ٥-٤-٩٠٥٣٥-٦٠٣-٩٧٨

١- التعزير (فقه إسلامي). ٢- الاجتهاد (أصول فقه).

ديوي ٢٥٥,٦ ١٤٣٥/٥٣٤٣

رقم الإيداع: ١٤٣٥/٥٣٤٣

ردمك: ٥-٤-٩٠٥٣٥-٦٠٣-٩٧٨

جميع الحقوق محفوظة؛ الطبعة الأولى ١٤٣٥هـ/٢٠١٤م

مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة

العنوان: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية – مبنى المؤتمرات

هاتـــف: ٢٥٨٢٢٩١ (٠١١) ٩٦٦

ناسوخ: ٢٥٨٢٢٩٢ (٠١١) ٩٦٦

مرسال: tameiz@hotmail.com

الموقع: www.rej.org.sa

المقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وآله وصحبه ومن اهتدى بهداه أما بعد:

فإن هذه البلاد المباركة قامت بشرع الله، وتتابع قادتها على الالتزام بتطبيقه، ونالوا شرف إعلان المحافظة عليه منهجاً وسلوكاً، ولم يصرفهم عن ذلك ما يرونه من تهافت الناس على القوانين البشرية التي لا ترجع إلى أصل شرعي، ولا تستنير بنور الهدى الرباني، ليملأوا بها ما توهموه من فراغ تشريعي. ذلك الوهم الذي ورّثه الجهل بحقيقة هذا الدين، وقلة التأمل في نصوص التشريع، والتراث الفقهي الغني ببيان أصول الحكم الإسلامي والسياسة الراشدة.

والقضاء العادل أحد ركائز الدولة المسلمة ومقومات بقائها. واختلاف القضاة في الأحكام التعزيرية تشديدا وتخفيفا قد يشكل على بعض طلاب العلم، فضلا عن غيرهم، حتى يتوهم أن اجتهاد القاضي في تقدير العقوبة فيما لا حد فيه ليس له ضوابط ولا مبادئ تحكمه، ولا أصول تقيده سوى رغبة القاضي ورأيه الصرف. وهذا يستدعي اهتمام الباحثين وتضافر الجهود لتجلية تلك المبادئ والأصول الحاكمة للاجتهاد في تقدير العقوبة، للحث على مراعاتها وعدم إهمالها من ناظري القضايا، وواضعي الأنظمة.

ومع كثرة المؤلفات في التعزير لم أجد من أفرد مبادئ الاجتهاد في التعزير بالبحث ، وإن كانت تلك المبادئ مبثوثة في كلام الفقهاء المتقدمين والمعاصرين، غير أن إفرادها ببحث مستقل مما ييسّر الإفادة منها .ويجيب على الإشكال المتقدم .

ولذا فهذا البحث خصصته لدراسة "مبادئ الاجتهاد في التعزير" لرصد أهم القواعد الضابطة للاجتهاد في التعزير ، لإعانة القضاة ومن في حكمهم على ضبط اجتهادهم في تقدير العقوبة المناسبة للجرائم التي تعرض عليهم للحكم فيها ، والبعد عما يخرج الاجتهاد عن منهج العدل ومقاصد الشرع .

والبحث في مبادئ التعزير لابد أن يسبقه تحديد المفهوم ، وضبط المصطلح ، لما عرف من أن الدراسات الفقهية تولي المصطلح عناية كبيرة تجعل ضبطه جزءا لا ينفصل عن مبادئه الحاكمة ، وقواعده الضابطة ، وأحكامه الكلية .

ومبادئ الاجتهاد في التعزير تتفرع عن مبادئ الاجتهاد في الحكم بعامة ، ولذلك شمل هذا البحث: المفهوم، والمبادئ العامة للاجتهاد في الأحكام، والمبادئ الخاصة بالاجتهاد في التعزير .

أهمية موضوع البحث:

يمكن أن تظهر أهمية البحث بما يلي :

١-أنه يمثل الجانب التأصيلي من جوانب الموضوع ، والتأصيل بالمكانة التي لا تخفى ، والموقع الذي لا يقبل الإغفال ، وبخاصة في مجال التشريع .

٢-أنه يتعلق بأحد نوعي العقوبات الشرعية، التي شرعها الله لتكون سبباً في تطهير المجتمع المسلم من درن المعصية ووحل الجريمة، وتزكية النفس من نزعة اتباع الهوى والتعدي على حدود الله أو حقوق عباده. بل يتعلق بالنوع الأكثر وقوعاً من نوعي العقوبات، وهو التعزير.

٣-أن البحث يمهد لوضع مبادئ عامة يمكن أن تمثل أساساً حديثاً لنظرية العقوبة، حيث يمثل التعزير الجزء الأكبر والأوسع من نوعيها في مجال التطبيق. وذلك أن في أصول التشريع وقواعده العامة التي استنبطها الفقهاء باستقراء نصوص الشرع، وعمل الخلفاء الراشدين واجتهادات فقهاء الأمة تحديداً دقيقاً لمفهوم التعزير والمبادئ التي تكفل سلامة الاجتهاد في تجريده من نزعة الهوى ولوثة العصبية، وطبيعة الضعف البشري.

تساؤلات البحث:

يهدف البحث إلى الإجابة على جملة من التساؤلات أهمها:

١-ما مفهوم التعزير؟ وما الفرق بينه وبين الحد؟

٢-من الذي له حق الاجتهاد في تقدير العقوبة التعزيرية؟

٣-هل القاضي مفوض بتقدير العقوبة؟

٤-ما الضوابط التي يتعين الالتزام بها في التقدير؟

٥-ما المبادئ العامة التي تضبط الاجتهاد في التعزير؟ وما الدليل عليها؟

٦-هل يتناقض تفويض القاضي بتقدير العقوبة التعزيرية مع التقنين ؟

تقسيمات البحث:

احتوى البحث على مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة على النحو التالي:

المقدمة: وفيها الإعلان عن موضوع البحث وأهميته وتساؤلاته وتقسيماته ومنهجه .

المبحث الأول: مفهوم التعزير ويشمل:

أ- تعريف التعزير .

ب- الفرق بين التعزير والحد.

ج - خصائص التعزير.

المبحث الثاني:

المبادئ العامة لاجتهاد القاضي في الأحكام:

وفيه: تمهيد وأربعة مبادئ على النحو التالي:

التمهيد: في مفهوم مبادئ الاجتهاد والمراد بها في البحث.

أ- مبدأ أهلية الاجتهاد في الأحكام.

ب- مبدأ لا اجتهاد في مقابلة النص .

ج- مبدأ العفو عن الخطأ في الاجتهاد.

د- مبدأ عدم نقض الاجتهاد بمثله .

المبحث الثالث :

المبادئ الخاصة بالاجتهاد في التعزير وتشمل :

أ- مبدأ شرعية العقوبة : معناه ، دليله ، تطبيقاته .

ب- مبدأ شخصية العقوبة : معناه ، دليله ، تطبيقاته .

ج- مبدأ عدالة العقوبة : معناه ، دليله ، تطبيقاته .

د- مبدأ التناسب بين العقوبة والجريمة : معناه ، دليله ، تطبيقاته .

هـ - مبدأ الرحمة بالمجتمع والجاني : معناه ، دليله ، تطبيقاته .

و- مبدأ جلب المصالح ودرء المفاسد : معناه ، دليله ، تطبيقاته .

الخاتمة: وفيها أهم النتائج .

منهج البحث: نظراً لكون البحث يهدف إلى إيضاح مفهوم التعزير والمبادئ العامة للاجتهاد فيه ، فقد جمعت فيه بين المنهج الاستدلالي المعتمد على الاستدلال بالنصوص الشرعية بوصفها مسلمات ، وبين المنهج الاستقرائي المتمثل في استقراء أحكام التعزير الجزئية لاستخلاص القواعد والمبادئ العامة التي تضبط عملية الاجتهاد فيه .

وقد توخيت الاختصار ، وعدم إثقال البحث بالنقول الفقهية ، كما اكتفيت في تخريج الأحاديث بعزوها إلى من خرجها .

ولم أترجم لأحد من الأعلام الوارد ذكرهم في البحث اعتماداً على شهرتهم بين المستهدفين بالبحث .

والحمد لله أولاً وآخراً . .

المؤلف

المبحث الأول

مفهوم التعزير

المبحث الأول

مفهوم التعزير

أ - تعريف التعزير:

التعزير في اللغة: مصدر الفعل عزّر بالتشديد. ويقال بالتخفيف عزر عزراً. وهو من الأضداد [١] ومن معانيه:

١-التعظيم والتوقير: قال أبو عبيدة في قوله تعالى: ﴿وَعَزَّرْتُمُوهُمْ﴾ قال: عظمتموهم".

٢-النصرة: قال الأزهري: "قال أبو عبيدة في قوله: ﴿وَعَزَّرْتُمُوهُمْ﴾ قال: عظمتموهم. وقال غيره: عزرتموهم: نصرتموهم. وقال إبراهيم السري: وهذا هو الحق والله أعلم" [٢].

٣-التأديب: قال الجوهري في الصحاح: والتعزير أيضاً: التأديب. ومنه سمي الضرب دون الحد تعزيراً [٣].

---

(١) ابن منظور، لسان العرب مادة (ع زر) ٥٦١/٤.

(٢) الأزهري، تهذيب اللغة مادة (ع ز ر) ١٩٤/١.

(٣) الجوهري، الصحاح ٤٦٧/١.

٤-الرد: قال الأزهري في تهذيب اللغة: وذلك أن العزر في اللغة: الرد. فتأويل عزرت فلاناً أي أدبته، إنما تأويله فعلت به ما يردعه عن القبيح... وتأويل عزرتموهم: نصرتموهم بأن تردوا عنهم أعداءهم (١).

٥-الإعانة والتقوية: قال في لسان العرب: وعَزَرَه عزراً وعزّره أعانه وقواه(٢).

وفي الاصطلاح: يفهم من تعبيرات الفقهاء أن التعزير: عقوبة غير مقدرة شرعاً على جناية لا حد فيها. وجاء في المبسوط ما يشير إلى هذا المعنى حيث قال: "..بقيت هذه جريمة لا عقوبة لها في الشرع مقدرة فيجب التعزير فيه يقيناً "(٣)، فهو وإن كان يتكلم عن مسألة بعينها لكن يؤخذ منه وصف التعزير بأنه لا يكون إلا في جريمة لا عقوبة لها مقدرة في الشرع.

وجاء في بدائع الصنائع: "أما سبب وجوبه فارتكاب جناية ليس لها حد مقدر في الشرع"(٤).

وأصرح تعريف وجدته للمتقدمين قول صاحب المغني: "التعزير: هو العقوبة المشروعة على جناية لا حد فيها"(٥).

---

(١) الأزهري، تهذيب اللغة مادة (ع ز ر) ١/ ١٩٤.

(٢) ابن منظور، لسان العرب (ع ز ر) ٤/ ٥٦٢.

(٣) السرخسي، المبسوط ٩/ ٧٩ وانظر ابن نجيم، البحر الرائق ١٣/ ١٦٨.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع: ١٥/ ١٤٤.

(٥) ابن قدامة، المغني: ١٢/ ٥٢٣.

ومثّله بعقوبة وطء الشريك الجارية المشتركة أو جارية ابنه ، أو سرقة ما دون النصاب أو من غير حرز ، أو الجناية على إنسان بما لا يوجب قصاصاً ولا دية ، أو شتمه بما ليس موجباً لحد القذف .

ومن تمثيله يتضح أنه ذكر الجنايات التي في جنسها حد أو قصاص ، ولكن لم تكتمل في أي منها شروط الجناية الموجبة للحد.

وقال ابن نجيم في تعريفه: هو "تأديب دون الحد"[١] .

والعلاقة بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي واضحة حيث إن التعزير في اللغة يأتي بمعنى الرد والمنع وفي معاقبة الجاني منع له من معاودة الجرم، وزجر لغيره من قربانه .

ويأتي في اللغة بمعنى التأديب وهو في الشرع تأديب من جهة ما يترتب عليه[٢] .

وأما المعنيان الآخران له في اللغة وهما النصرة والتعظيم ، فهما يشتملان على معنى الرد والمنع ؛ لأن من ينصر أحداً يمنع عنه الأذى ويرده .

---

(١) ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٥/٤٤ . وينظر: ابن رشد، المقدمات الممهدات: ٣/ ٢٥٢ ، الخرشي: شرح مختصر خليل: ٨/ ١١، النووي، روضة الطالبين: ١٠/ ١٧٤.

(٢) ابن قدامة ، المغني: ١٢/٥٢٣-٥٢٤.

ويشتمل التأديب على معنى النصرة ، من جهة أن تأديب الجاني وإن كان فيه إيلام لكنه نصرة له على نفسه الأمارة بالسوء وعلى الشيطان ، ومنع له من التمادي في الذنب .

وقد سمى النبي ﷺ رد الظالم عن ظلمه نصرة فقال :"انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً" .

وعندما سئل كيف ينصره ظالماً فسر النصرة له فقال " تحجزه عن الظلم"[١] .

ب - الفرق بين التعزير والحد :

يجتمع التعزير والحد في أن كلا منهما عقوبة شرعية على معصية ، ويختلفان في عدد من الأحكام يمكن إجمال أهمها فيما يلي :

١ -أن التعزير عقوبة لم يرد في الشرع تقدير محدد لها . بخلاف الحد فإنه عقوبة محددة في الشرع ، ولعل تسميتها بذلك ناشئ من تحديدها .

٢ -التعزير يقام مع الشبهة بخلاف الحد فإن الحدود تدرأ بالشبهات .

ومما يدل على هذا الفرق أن النبي ﷺ حبس في تهمة[٢] والحبس تعزير[٣] .

---

(١) أخرجه البخاري ح ٦٤٣٨ .

(٢) حديث الحبس في التهمة روي عن أبي هريرة مرفوعاً وهو ضعيف ، أخرجه الترمذي في العلل ١/ ٢٢٣ ، ونقل عن يحيى بن معين تضعيفه لضعف إبراهيم بن خثيم (www. alsunnah. com) وفي جامع الترمذي (ح١٤١٧) عن بهز بن حكيم عن جده أن النبي ﷺ "حبس رجلاً في تهمة ثم خلى سبيله" ، وفي الباب عن أبي هريرة ... وقال : حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده حديث حسن . قال المنذري : (وفي الاحتجاج به اختلاف) (تحفة الأحوذي للمباركفوري ٤/ ٥٦٣ .

(٣) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ص ١٣ .

٣-التعزير يثبت سببه بما يثبت به المال. ومنه شهادة النساء مع الرجال، بخلاف الحد[١].

٤-التعزير يجري فيه الحلف ويقضى فيه بالنكول بخلاف الحد[٢].

٥-التعزير بالضرب قد يكون أشد من الحد على رأي الحنفية[٣].

ج- خصائص التعزير :

يختص التعزير بخصائص ينفرد بها عن الحدود والقصاص والكفارات، يمكن إجمالها فيما يلي:

١-المرونة في التطبيق:

التعزير عقوبة غير مقدرة ولا يلزم الإمام أن يقدرها بحيث يتساوى فيها المكلفون الذين ارتكبوا الجرم نفسه. وإنما يرجع في تقدير عقوبة كل مستحق للتعزير إلى القاضي الموكل بالنظر في القضية، وعلى ضوء ظروف الجاني وظروف الجريمة يمكن أن يحكم بالعقوبة التي يراها. وهذا يتيح للقاضي المرونة في اختيار العقوبة المناسبة نوعا ومقدارا. وهو بذلك يفارق الحد والقصاص والكفارات.

وهل يمكن أن يقرر الإمام عقوبة تعزيرية لكل جرم ؟

---

(١) المصدر السابق الموضع نفسه.

(٢) المصدر السابق الموضع نفسه.

(٣) السرخسي، المبسوط ١١/٥٩، والكاساني، بدائع الصنائع ١٥/١٤٩.

الذي يظهر من كلام الفقهاء في وصفهم التعزير وخصائصه أنه متروك للإمام، وأنه مفوض للاجتهاد في تقديره. وقد يشكل على ذلك أن التحديد يحد من حرية الاجتهاد في الواقعة، فلا ينبغي وضع عقوبة واحدة لكل من يرتكب جريمة تعزيرية معينة؛ لأن ذلك يفقد القاضي حرية النظر في العقوبة لتقرير ما يناسب الجرم والمجرم.

جاء في بدائع الصنائع أن من مشايخ الحنفية من جعل التعزير على أربع مراتب هي:

أ- تعزير أشراف الأشراف وهم العلماء والعلوية، ويكون بالإعلام. وهو أن يقول القاضي بلغني أنك تفعل كذا وكذا.

ب- تعزير الأشراف وهم الأمراء والدهاقين ويكون بالإعلام والجر إلى باب القاضي.

ج- تعزير الأوساط وهم السوقة ويكون بالجر والحبس.

د- تعزير الأخسّة وهم الذين تتكرر منهم الجناية ويكون بالجر والحبس والضرب(١).

وجاء في البحر الرائق: "صرح السرخسي أنه ليس للتعزير شيء مقدر؛ بل هو مفوض إلى رأي القاضي؛ لأن المقصود منه الزجر وأحوال الناس مختلفة فيه.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ١٤٦/١٥، وابن نجيم، البحر الرائق ١٦٩/١٣.

وفي الشافي: التعزير على مراتب...(قال ابن نجيم): وظاهره أنه ليس مفوضاً إلى القاضي، وأنه ليس للقاضي التعزير بغير المناسب لمستحقه. وظاهر الأول أن له ذلك"(١).

فابن نجيم يشير إلى اختلاف في المذهب الحنفي في أن القاضي هل هو مطلق اليد في تقدير التعزير أو أنه مطالب بمراعاة مراتب الناس؟ فيفرق بين تعزير أشراف الأشراف، والأشراف وأواسط الناس والأخسّة. وهذا يعني وجوب مراعاة تلك المراتب، وهذا لا يتأتى مع تقنين العقوبات التعزيرية.

وقد يقال: إنه لا اختلاف بين ما نقل عن السرخسي وما نقل عن غيره؛ فتقسيم الناس إلى مراتب وتحديد نوع التعزير المناسب لكل مرتبة لا يلزم منه تساوي أصحاب المرتبة الواحدة فيه. كما أن القول بتفويضه إلى القاضي لا يعني أنه يتصرف بمقتضى هواه، وإنما يتصرف وفق المصلحة ومن القواعد المقررة: "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة"(٢).

والذي يظهر لي أن المحافظة على مبدأ العدالة وهو من المبادئ المقررة في الشريعة قطعاً لا يتعارض مع مبدأ التناسب بين الجرم والعقوبة الذي دل عليه استقراء الشريعة، بل إن مبدأ التناسب إنما هو وسيلة لإقامة العدل.

---

(١) ابن نجيم، البحر الرائق ١٣/١٦٩.

(٢) الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، ١/٣٠٩.

ولذا فلا أرى مانعاً من أن يحدد ولي الأمر في الجرائم الشائعة لكل جريمة حدين للعقوبة ، أعلى وأدنى ، على أن يتم التحديد بناء على دراسة مستفيضة لآثار الجريمة ، ويترك للقاضي اختيار المناسب منهما . وذلك لأن الفقهاء متفقون على أن تقدير العقوبة التعزيرية موكول للإمام . والله أعلم .

وهذا صنعه فقهاء المذاهب فيما لم يحدد فيه الشرع حداً معيناً من سائر ما يحتاج إلى تقدير كالنفقة والمتعة للمطلقة .

٢-العفو عن التعزير:

إن التعزير يجوز العفو عنه من قبل الإمام أو من ينوب عنه إذا كان لحق من حقوق الله تعالى[١] ، وجواز العفو ليس مطلقاً ، بل هو مرهون بالمصلحة ، فإن رأى أن المصلحة في العفو يعفو ، وإن رأى المصلحة في العقوبة يعاقب كما في القاعدة الفقهية " تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة " ، وهذه الخاصية تميز التعزير عن الحد والكفارات والقصاص فليس للإمام العفو عنها ؛ لقوله ﷺ:"تعافوا الحدود فيما بينكم فما بلغني من حد فقد وجب"[٢] ، ولغضبه من

---

(١) قال ابن نجيم : "وإقامة التعزير إلى الإمام عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد والشافعي ، والعفو إليه أيضاً" . (البحر الرائق ١٣/ ١٨٢) .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ح ٤٣٧٦ وصححه الألباني ، وأخرجه النسائي في سننه ح ٤٨٨٦ ، وأخرجه الحاكم وصححه ووافقه الذهبي ح ٨١٥٦، ٤/ ٣٨٣ .

شفاعة أسامة بن زيد في المخزومية التي سرقت وقوله ﷺ : "أتشفع في حد من حدود الله ؟ إنما أهلك من كان قبلكم أنهم كانوا إذا سرق الشريف تركوه وإذا سرق الضعيف أقاموا عليه الحد... الحديث"(١).

هذا في الحدود، وأما القصاص فهو حق للمجني عليه أو لأوليائه كما هو معلوم، فلا يملك الإمام العفو عنه، ولكن إن عفا صاحب الحق جاز للإمام أن يعزر الجاني على تعديه وجاز له العفو عنه.

وقد أشرت فيما سبق إلى حكاية الخلاف بين علماء الحنفية في إطلاق يد القاضي في العقوبة التعزيرية وأن منهم من لا يرى ذلك فيؤخذ منه أنه لا يحق له العفو.

وأما الكفارات الواجبة فهي حق لله أيضا، ولذلك ليس لأحد أن يعفو عنها.

٣-السقوط بالتوبة:

إذا وجب التعزير لحق العبد فلا يسقط بالتوبة، لأن التوبة لا تسقط حقوق العباد. واختلف العلماء في سقوط التعزير بالتوبة إذا كان واجباً في حق الله على قولين:

القول الأول: ذهب بعضهم إلى سقوطه؛ لأن المقصود منه الارتداع عن الجرم، وقد حصل(٢).

---

(١) صحيح البخاري ح ٦٢٩ .وصحيح مسلم ٣١٩٦.

(٢) القرافي، الفروق ٤/ ٢٠٨.

قال البخاري: "باب من أصاب ذنباً دون الحد فأخبر الإمام فلا عقوبة عليه بعد التوبة"، وذكر فيه حديث الرجل الذي قال للنبي ﷺ: أصبت حدا فأقمه علي، قال: فلم يسأله عنه، وحضرت الصلاة فصلى مع النبي ﷺ فلما قضى الصلاة قام فقال: يا رسول الله إني أصبت حدا فأقم فيّ كتاب الله، قال: أليس قد صليت معنا ؟ قال: نعم. قال: فإن الله قد غفر لك ذنبك)(١).

وفسر الماوردي حديث " أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم"(٢) بأن ذوي الهيئات هم الذين إذا أتوا الذنب ندموا عليه وتابوا، وأصحاب الصغائر(٣).

القول الثاني: عدم سقوطه؛ لأن الزجر لا يحصل إلا بالعقوبة وإن قلت(٤).

وهو بذلك يخالف ما يشبهه من الحدود والقصاص والكفارات، فهي لا تسقط بالتوبة إلا حد الحرابة فيسقط إذا حصلت التوبة قبل أن يقدر الإمام على المحاربين لقوله تعالى: ﴿ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبۡلِ أَن تَقۡدِرُواْ عَلَيۡهِمۡ ﴾(٥).

---

(١) صحيح البخاري ح ٦٨٢٣.

(٢) حديث " أقيلوا ذوي الهيئات..." أخرجه الإمام أحمد في المسند ح ٢٥٥١٣ وقال شعيب الأنؤوط: حديث جيد بطرقه وشواهده. وأخرجه ابن حبان في صحيحه ح ٩٤ ، وأخرجه أبو داود من حديث عائشة برقم ٤٣٧٥ وصححه الألباني ، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى ح ٧٢٥٣.

(٣) الماوردي، الحاوي الكبير (١٣/ ٤٤٠).

(٤) ابن نجيم، البحر الرائق ١٣/ ١٨٢ نقلاً عن القنية.

(٥) سورة المائدة آية ٣٤.

٤ – استيفاء التعزير:

جمهور العلماء قالوا إن التعزير يقيمه الإمام أو من ينيبه من العمال أو القضاة أو الشرطة وقاسوه على الحد في هذا الجانب(١) .

وقال بعض علماء الحنفية إن التعزير حال مقارفة الذنب يجوز لكل مسلم أن يقيمه ، أما بعد الفراغ من العمل المحرم فلا يقيمه إلا الإمام أو نائبه(٢) .

وقيل: إن كان التعزير لحق آدمي فله أن يستوفيه ، وإن كان لحق الله فهو للإمام(٣) .

ووجه هذا القول أن حقوق الآدميين يرجع إليهم في استيفائها أو العفو عنها كما في القصاص.

والراجح والله أعلم أنه للإمام أو من ينيبه سواء أكان حقاً لله أم لآدمي(٤) .

أما إن كان حقاً لله فلأن الإمام هو القائم على إقامة شرع الله. وأما إن كان لحق آدمي فلأنه لو وكل إليه استيفاؤه لكان قصاصاً لا تعزيراً ، والتعزير إنما يكون فيما لا يجري فيه القصاص من الحقوق ، ولأن الغالب أن صاحب الحق يبالغ فيه

---

(١) الخرشي ، شرح مختصر خليل ٨/ ١١ ، النووي ، روضة الطالبين ١٠/ ١٧٥ ، البهوتي ، كشاف القناع ٦/ ١٢٨ .

(٢) ابن نجيم ، البحر الرائق ١٣/ ١٦٩ .

(٣) ابن نجيم ، المصدر السابق ٥/ ٤٥ .

(٤) نقله ابن نجيم عن مشكل الآثار للطحاوي (البحر الرائق ١٣/ ١٨٢).

فيزيد عن القدر المطلوب للردع ، ولأن حق المجني عليه إما القصاص أو الدية أو الأرش ، وما زاد عن ذلك فهو حق للأمة وللمجتمع . والإمام هو النائب عن الأمة في ذلك .

المبحث الثاني

المبادئ العامة
لاجتهاد القاضي في الأحكام

المبحث الثاني

المبادئ العامة لاجتهاد القاضي في الأحكام

تمهيد في مفهوم مبادئ الاجتهاد :

المبادئ: في اللغة جمع مبدأ وهو اسم لمكان الابتداء أو زمانه لأنه على صيغة "مفعل "التي هي صيغة اسم الزمان واسم المكان من الثلاثي .

(والبدء: فعل الشيء أول)[١] .

وقال ابن فارس: (الباء والدال والهمزة من افتتاح الشيء يقال: بدأت بالأمر وابتدأت ، من الابتداء)[٢] .

وأما في اصطلاح أهل الأصول والمنطق فقد ورد لفظ المبادئ عند كلامهم عن مبادئ العلوم حيث أطلقوا هذا المصطلح على" **ما لا يكون مقصوداً بالذات بل يتوقف عليه ذلك**"[٣] .

وفسروه بالمعارف التي يتوقف عليها العلم المخصوص ، فلا يعرف بدونها مع كونها ليست من مسائله ، بل من مقدماته .

---

(١) ابن منظور ، لسان العرب (ب دأ) ١/ ٢٦ .

(٢) ابن فارس ، مقاييس اللغة مادة (ب د أ) ١/ ٢١٢ .

(٣) عضد الدين الإيجي ، شرح مختصر ابن الحاجب ١/ ٦-٧ .

وقد عد بعض العلماء مبادئ العلوم المشتركة وجمعها في عشرة هي: الحد، والموضوع، والغاية أو الثمرة، والنسبة أي نسبة العلم إلام؟ والفضل، والواضع لهذا العلم، والاسم اللفظي له كعلم الطب وعلم الفقه، وعلم الحساب، والاستمداد أي مم يستمد؟ وحكم تعلمه، ومسائله على سبيل الإجمال.

وفي هذا يقول الناظم:

إن مبادِي كل علم عشرة — الحد والموضوع ثم الثمرة
ونسبة وفضله والواضع — والاسم الاستمداد حكم الشارع
مسائل والبعض بالبعض اكتفى — ومن درى الجميع حاز الشرفا[١]

ولا يكاد يهمل المؤلفون في علم أصول الفقه ذكر مبادئه ولكنهم يكتفون منها في الغالب بالحد، والموضوع، والغاية، والواضع لهذا العلم، الذي ابتدأ التأليف فيه قبل غيره.

وهذا الإطلاق كما يقول ابن أمير حاج فيه توسع، لأن المبادئ "جمع مبدأ: وهو في الأصل مكان البداءة في الشيء أو زمانه، ثم سمي به ما يحل فيه توسعاً مشهوراً كما هنا، فإن المراد ما يبدأ به قبل ما سواه من مسائل هذا العلم لتوقفه عليه كما هو المصطلح المنطقي"[٢].

---

(١) الصبان، محمد بن علي، نظم السلم، مطبوع مع شرح السلم للملّوي، ص:٣٥.

(٢) ابن أمير حاج، التقرير والتحبير، شرح التحرير ١/١٩٢.

وأوضح الزركشي العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي فقال: "وسميت حدود وموضوع العلم وأجزاؤه التي هي مادة قياساته مبادئ؛ لأنه عنها ومنها ينشأ ويبدو"(١).

أما المعاصرون فقد اشتهر عندهم إطلاق اسم المبادئ على أصول المعارف، وقواعدها العامة التي يقبح جهل الدارس للعلم بها. وهي عندهم: عبارة عن قواعد رئيسة ترجع إليها مسائل العلم وجزئياته. وقد ألف المتخصصون في كل علم في مبادئ ذلك العلم، فوجدنا مبادئ الاقتصاد ومبادئ الرياضيات، ومبادئ الإدارة، ومبادئ القانون... إلخ.

كما أنهم يطلقون المبادئ أحياناً على الأسس والقواعد التي تحكم سلوك الأفراد والجماعات والدول، كمبادئ العدل، ومبادئ الحرب والسلم. ويذكرون ضمن تلك المبادئ قواعد يتفق العقلاء على استحسانها والاحتكام إليها عند الاختلاف. وقد تضمنت مواثيق الأمم المتحدة كثيراً من تلك المبادئ التي أقرتها الدول الأعضاء وأصبحت ملتزمة بها التزاماً أدبياً. بل نص القانون الدولي على تجريم مخالفة بعض تلك المبادئ.

---

(١) الزركشي، البحر المحيط ١/٣١.

وعند فقهاء القانون تطلق مبادئ الاجتهاد القضائي على قواعد عامة قضت بها المحكمة العليا، أو استندت إليها في أحكامها مما يتيح للقاضي بعد ذلك الاستناد إليها في أحكامه[١].

والاجتهاد في اللغة: مصدر "اجتهد"، وهو بذل الجهد واستفراغ الوسع، جاء في مقاييس اللغة: الجيم والهاء والدال أصله المشقة، ثم يحمل عليه ما يقاربه. يقال: جهدتُ نفسي، وأجهدت. والجهد: الطاقة. قال تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ إِلَّا جُهْدَهُمْ﴾[٢].. ومما يقارب الباب الجهاد وهي الأرض الصلبة"[٣].

وقيل: الجَهد –بالفتح– المشقة، والجُهد –بالضم– الوسع والطاقة.

وقيل: هما لغتان في الوسع والطاقة، وأما المشقة فالفتح لا غير[٤].

وفي الاصطلاح: ذكر علماء الأصول للاجتهاد تعريفات بعضها أعم من بعض: فعرفه بعضهم بأنه: "بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي بطريق الاستنباط"[٥].

---

(١) ينظر مثلا : العربي، محمد حمزة، المبادئ القضائية لمحكمة الاستئناف الشرعية في المملكة الأردنية الهاشمية، ويوسف خلاد، الاجتهاد القضائي / المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في المواد المدنية والتجارية.

(٢) سورة التوبة آية ٧٩.

(٣) ابن فارس، مقاييس اللغة (مادة ج هـ د) ١/٤٨٦-٤٨٧.

(٤) ابن منظور، لسان العرب (مادة ج هـ د) ٣/ ١٣٣.

(٥) الزركشي، البحر المحيط ٨/ ٢٢٧، وابن حمدان، صفة الفتوى ص١٤.

وزاد بعضهم فيه قيوداً أخرى؛ فقيده جماعة بأن يكون من فقيه بلغ أهلية الاجتهاد[١].

وقيده آخرون بأن يكون في مسائل الفروع الظنية[٢].

ولعل أصح ما يقال في تعريفه أنه: بذل الفقيه وسعه لإدراك حكم شرعي.

والاجتهاد ليس قاصراً على ما لم يرد فيه نص، بل قد يجتهد الفقيه في فهم النص، وفي تنزيل النص على الواقعة التي ينظر في حكمها، وفي الجمع بين النصوص التي ظاهرها التعارض.

المراد بمبادئ الاجتهاد في هذا البحث:

لا شك أن السياق الذي يرد فيه اللفظ يحدد المراد منه، ولفظ المبادئ في هذا البحث جاء في سياق بيان الأسس والأصول التي تحكم الاجتهاد، وتحدد إطاره، وترسم حدوده.

ويمكن أن نجمل المبادئ التي تحكم اجتهاد القاضي في جميع أحكامه في أربعة مبادئ رئيسة هي:

١-مبدأ أهلية الاجتهاد.

---

(١) المرداوي، التحبير شرح التحرير ٨/ ٣٨٦٦.

(٢) الآمدي، الإحكام ٤/٢١٨.

٢-مبدأ لا اجتهاد في مقابلة النص .

٣-مبدأ العفو عن خطأ المجتهد .

٤-مبدأ عدم نقض الاجتهاد بمثله .

وسأشرح المراد بكل مبدأ باختصار :

أ- مبد أ أهلية الاجتهاد

الاجتهاد كما سبق تعريفه هو بذل الفقيه وسعه لإدراك حكم شرعي .

وهو منصب عظيم الخطر كبير الأثر ، ولذلك اشترط لمن يتولاه أن يكون أهلاً له . وهذه الأهلية لا تتحقق إلا بشروط بينها علماء أصول الفقه وأطالوا الكلام فيها وهي ترجع إلى الاتصاف بوصفين رئيسين : العلم والعدالة .

فأما العلم فيقصد به العلم بأدلة الأحكام الشرعية وطرق الاستنباط منها . والقدر المجزئ من ذلك أن يعلم الفقيه أدلة المسألة المعروضة أمامه الواردة في الكتاب أو السنة أو الإجماع إن وقع على حكمها إجماع الأمة في عصر من العصور .

وأن يعرف ما قاله فيها أهل العلم السابقون إن كانت من مسائل الخلاف ، ويعرف طرق الموازنة بين أدلة المختلفين والوصول إلى الرأي الراجح فيها .

وهذه المعرفة تحصل بكثرة الاطلاع على كتب الفقه والأصول والحديث والتفسير ، ولا يلزم أن يتوصل إليها الفقيه باجتهاده ، بل يكفيه أن يعرف أين يجد أدلتها وكيف يعرف الراجح منها .

وإن كانت من النوازل فلا بد أن يتمكن من استنباط حكمها بالقياس أو بالنظر في مقاصد الشريعة ومعرفة ما يترتب على تلك النازلة من مصالح ومفاسد.

وهذا الشرط نص الله عليه في كتابه العزيز فقال جل وعلا: ﴿ وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ ﴾ (١) وقال تعالى: ﴿ وَأَن تُشْرِكُوا۟ بِٱللَّهِ مَا لَمْ يُنَزِّلْ بِهِۦ سُلْطَٰنًا وَأَن تَقُولُوا۟ عَلَى ٱللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ ﴾ (٢).

فقرن الله القول في الشريعة بغير علم بالشرك بالله، مما يدل على عظيم الجُرم وفداحة الغلط في هذا الباب.

وأما العدالة: فهي شرط للفتوى والقضاء وهي تعني الاستقامة. والعدل هو: من اجتنب الكبائر، ولم يصرّ على الصغائر (٣).

وقال السرخسي: "كل من كان ممتنعاً من ارتكاب ما يعتقد الحرمة فيه فهو على طريق الاستقامة" (٤). وقال القرافي: "ما عظمت مفسدته يقدح في العدالة وما لا فلا" (٥).

---

(١) سورة الإسراء آية ٣٦.

(٢) سورة الأعراف آية ٣٣.

(٣) البزدوي، أصول البزدوي ١/١٦٦، و ابن النجار، شرح الكوكب المنير ٢/٣٨٤-٣٨٥.

(٤) السرخسي، أصول السرخسي ٢/٣٥١.

(٥) القرافي، أنوار البروق ١/٤٩٥ وذكر نحوه في ص ٤٩٨ من الجزء نفسه.

وينبغي أن نقر بأن شروط الاجتهاد التي ذكرها العلماء لم تكن شروطاً حدية واضحة المعالم يسهل تطبيقها، وإنما جاء بعضها مجملاً فاختلفت وجهات النظر في تطبيقه. ولعل العلماء الذين ذكروا تلك الشروط لم يعنوا بضبط ألفاظها؛ لأن الورع والخوف من القول على الله بلا علم كان كافياً ليزع الناس عن الإقدام على الفتوى أو القضاء قبل أن يتضلعوا في العلم الشرعي.

ونحن في العصر الحاضر بحاجة إلى ضابط واضح لشروط التأهل للاجتهاد يضيق مساحة الاحتمال، ويخفف من الخطأ في وصف المتفقه بهذه الصفة.

وأما تولي القضاء فقد ذهب بعض العلماء إلى أن من شرط أهليته أن يكون القاضي مجتهداً، ولكنهم لما نظروا إلى واقع الأمة بعد القرن الثالث وجدوا أن الذين يتولون القضاء فقهاء مذهبيون يتبعون أحد المذاهب المشهورة. ولذا قال بعض العلماء يجوز أن يتولى القضاء الفقيه المقلد واحتجوا بالواقع من غير نكير منذ قرون.

وقال بعضهم: يجوز للحاجة أن يتولى المقلد القضاء عند عدم المجتهد[١].

ويمكن أن نجمل الشروط التي لا بد منها لمن يتولى القضاء فيما يلي:

١-معرفة أدلة المسألة المعروضة عليه بالفعل أو بالقوة القريبة من الفعل، بحيث يمكن مراجعتها قبل الحكم. يدل على ذلك ما ورد من النصوص الكثيرة الدالة على تحريم القول على الله بلا علم.

---

(١) الرملي، أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ٤/ ٢٤.

٢-القدرة على تكييف الواقعة التي تعرض عليه، والتأكد من انطباق الدليل عليها، وتوافر شروط وقوع الحكم.

٣-معرفة عوائد المتخاصمين وأعرافهم ليفسر كلامهم بمقتضى العرف السائد والعادة المتبعة.

٤-معرفة أصول التقاضي والأنظمة الصادرة من ولي الأمر في هذا الشأن، حتى لا يخالفها.

٥-سريان ولايته على النظر في القضية المعروضة عليه. فالولاية على القضاء قد تكون عامة في عموم الدولة، وقد تكون خاصة في خصوص بلد معين، وقد تكون عامة في خصوص بلد معين، وقد تكون خاصة في عموم البلد.

ولذا فإن من شرط أهلية النظر في القضية أن تكون للقاضي ولاية على النظر فيها.

ومبدأ الأهلية مبدأ عام تتفرع عنه عدد من المبادئ الجزئية يمكن أن نعد منها ما يلي:

١-لا يجوز أن يتولى القضاء من لا علم له بأصول الأدلة الشرعية، وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس وما تفرع عنها.

٢-القضاء بما يخالف نصوص القرآن أو السنة الصحيحة أو الإجماع باطل، ولا تترتب عليه آثاره، ويجب نقضه ممن يملك ذلك.

٣-الخطأ في تكييف القضية المنظورة لجهل القاضي بحقيقتها أو للخطأ في التقارير التي بنى عليها حكمه يبطل الحكم.

٤-إذا أخطأ القاضي في فهم مراد الخصوم أو بعضهم لجهله بأعرافهم وعاداتهم يبطل حكمه، ويلزمه الرجوع عنه.

٥-إذا خالف القواعد المنظمة للتقاضي أو قضى فيما لم يولّ عليه من القضايا بطل حكمه.

فهذه المبادئ الفرعية ترجع كلها إلى مبدأ أهلية القاضي. وبعضها يمكن إلحاقه بمبدأ خطأ القاضي.

ب - مبدأ لا اجتهاد في مقابلة النص

هذا المبدأ مأخوذ من قاعدة فقهية يكثر استناد الفقهاء والأصوليين إليها في مناقشاتهم وهي قاعدة: "لا اجتهاد في مقابلة النص"، أو "لا اجتهاد مع النص".

والمراد بالنص هنا: النص الشرعي الواضح الخالي من احتمال يسنده دليل. أو ما لا يتطرق إليه تأويل[١]. وهو المراد بالنص عند الأصوليين[٢].

وإن كان بعض الفقهاء ربما استعمل القاعدة فيما هو أعم من معناها المتفق عليه.

فالقدر المتفق عليه هو أن لا يعارض النص الصريح بالاجتهاد الذي ليس معه نص.

واللفظ الأخير للقاعدة قد يوهم أن النص والاجتهاد لا يجتمعان. وليس ذلك مراد القاعدة؛ بل النص مهما كان صريحاً لا ينفك عن نوع اجتهاد عند تطبيقه على الوقائع. فالنص على جلد الزاني غير المحصن نص صريح، ولكنه لا يستغنى عن الاجتهاد في تنزيله على الأعيان، فيحتاج القاضي إلى أن ينظر في

---

(١) إمام الحرمين، البرهان ١/٢٢٦.

(٢) ينظر القرافي، شرح تنقيح الفصول ص ٣٦.

المدعى عليه أو المحتسب عليه أهو قد زنى فعلاً ؟ وهل اكتملت أركان الجريمة وشروطها في حقه، وهل هو محصن أو غير محصن ؟ وهذه كلها تحتاج إلى نظر وبذل جهد .

واللفظ الذي وقع اختياره في المبدأ، فيه تصريح بأن الاجتهاد الباطل ما كان في مقابلة النص، فلا يمتنع الاجتهاد الموافق للنص المعين على تطبيقه، والتحقق مما يستدعي إعماله. وإنما الباطل هو أن يترك المجتهد النص ويحكم باجتهاده. كقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ ﴾(١)، وقوله: ﴿ وَأَن تَقُولُوا۟ عَلَى ٱللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ ﴾(٢)، وقول الرسول ﷺ : "من أفتى بفتيا غير ثبت فإنما إثمه على من أفتاه"(٣). والقاضي الذي يحكم بلا علم هو أحد القاضيين اللذين أخبر النبي ﷺ أنهما في النار في قوله ﷺ: "قاضٍ في الجنة وقاضيان في النار"(٤).

---

(١) سورة الإسراء آية ٣٦.

(٢) سورة البقرة آية ١٦٩.

(٣) أخرجه أحمد ح ٨٢٦٦، وابن ماجه، باب اجتناب الرأي ح ٥٢، والحاكم في المستدرك في المقدمة ح ٣٤٩، وقال الذهبي: احتجا برواته سوى عمرو، وقد وثّق.

(٤) أخرجه أبو داود، باب في القاضي يخطئ ح ٣٥٧٣، والترمذي، باب ما جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في القاضي ح١٣٢٢، وابن ماجه، باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق ح٢٣١٥، والحاكم في المستدرك، كتاب الأحكام ح ٧٠١٢ وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وله شاهد بإسناد صحيح على شرط مسلم».

والقاعدة التي هي أصل هذا المبدأ يقصد بالنص فيها النص الشرعي من كتاب الله أو سنة رسوله ﷺ. ولكن لا أرى مانعاً أن يعمم هذا المبدأ ليشمل الجرائم والمخالفات التي صدر بشأنها نظام خاص حددت فيه عقوبتها من ولي الأمر، فإذا أحيلت للقضاء لا ينبغي للقاضي أن يخالف اجتهاده المنصوص عليه. فجرائم التزوير في المحررات الرسمية مثلاً حدد النظام عقوبة لها ذات طرفين أعلى وأدنى، والقاضي ينبغي أن يقتصر اجتهاده على تحديد القدر المناسب من تلك العقوبة ولا يتجاوزها.

ويصح الاستدلال بهذا المبدأ على إبطال حكم القاضي إذا تجاوز ما حدد في النظام إن كان مبنياً على اجتهاد صحيح من الإمام أو من ينيبه في النظر ممن هو أهل لذلك. بالإضافة إلى المبدأ الآتي وهو الاجتهاد لا ينقض بمثله، فالنص الوارد في النظام اجتهاد من الإمام في تقدير العقوبة فلا ينقض باجتهاد من دونه.

ج-مبدأ: العفو عن الخطأ في الاجتهاد

هذا المبدأ مشروط بمبدأ الأهلية الذي سبق الكلام عنه. ومعناه أنه:

إذا اجتهد من هو أهل للاجتهاد فحكم وأخطأ فهو معفو عنه، فلا يأثم ولا يعاقب إذا لم يتهم بالمحاباة لأحد الخصوم.

يدل على ذلك ما في الصحيحين: "... إذا حكم الحاكم فاجتهد وأصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد فأخطأ فله أجر"(١).

واستدل القرافي على ذلك بقوله تعالى: ﴿ لَّوْلَا كِتَٰبٌ مِّنَ ٱللَّهِ سَبَقَ لَمَسَّكُمْ فِيمَآ أَخَذْتُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾(٢).

ووجه الدلالة أن الرسول ﷺ اجتهد فأخذ الفداء من أسارى بدر قبل نزول الآية. ولم يلحقه إثم لسبق العفو عن الخطأ في الاجتهاد.

وأما إذا كان الخطأ ناتجاً عن عدم أهلية القاضي فتلزمه المؤاخذة الدنيوية، مع الإثم الأخروي، لعدم أهليته وتبين عدم صحة توليته، والدليل على ذلك ما جاء من النصوص الكثيرة في تحريم القول على الله بغير علم.

وهذا المبدأ تتفرع عنه مبادئ فرعية أهمها:

١- لا ضمان على القاضي في سراية ما حكم به من عقوبة تعزيرية.
٢- لا ضمان على القاضي إذا أخطأ في الحكم.
٣- ضمان خطأ القاضي في بيت المال.

ونظراً لأن شروط أهلية القضاء ليس لها حدود واضحة سهلة التطبيق، فإن الخطأ الذي يعد فادحاً في الأهلية هو مخالفة ما أجمع الفقهاء عليه من الأحكام مع وضوح دليله في الكتاب أو السنة الصحيحة التي لا معارض لها.

---

(١) أخرجه البخاري ح ٦٩١٩ ومسلم ح ١٧١٦.

(٢) سورة الأنفال آية ٦٨. وانظر القرافي، الفروق ١/ ١٨٠.

وأما إذا وافق الحكم به قولاً لعالم معتبر فلا يمكن الجزم بخطئه، ولا مؤاخذة من قضى به.

د- مبدأ عدم نقض الاجتهاد بمثله

هذا المبدأ مأخوذ من قاعدة أصولية فقهية يكثر ورودها في كلام الأصوليين والفقهاء وهي قاعدة: "الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد"، وهي تعني أن الحكم إذا صدر بناءً على اجتهاد وتم تنفيذه والعمل به، فإنه لا ينقض باجتهاد مثله سواء أكان من القاضي نفسه أو من غيره.

أما إذا حكم القاضي باجتهاده ثم تبين له خطؤه قبل إمضائه فإنه ينقضه ويرجع عنه. يدل على ذلك ما جاء في وصية عمر رضي الله عنه: "ولا يمنعنك قضاء قضيته بالأمس راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق فإن الحق قديم..."(١).

ومما يدل على أن الحكم لا ينتقض بعد إمضائه بالاجتهاد قول عمر رضي الله عنه حينما قضى في المسألة الحمارية بالتشريك بين الإخوة لأم والإخوة الأشقاء بعد أن قضى فيها قبل عام بحرمان الأشقاء وإعطاء السدس للإخوة لأم ولم ينقض حكمه السابق وإنما قال: "ذاك على ما قضينا وهذا على ما قضينا"(٢).

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه ح ٤٥٢٤.

(٢) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى ٢٥٥/٦ حديث ١٢٢٤٧، وأخرجه الدارقطني في سننه نشر ٨٨/٤ وابن أبي شيبة ح ٣١٧٤٤.

ومما يدل على صحة القاعدة أن الاجتهاد الثاني ليس فيه قطع ببطلان الاجتهاد الأول، فلو قلنا بنقض الأول لأدى إلى نقض النقض إذا تغير الاجتهاد مرة أخرى. وهذا يؤدي إلى عدم استقرار الأحكام، وعدم الفصل في المنازعات.

هذا المعنى هو الذي دل عليه منطوق المبدأ والقاعدة التي اقتبس منها. أما المفهوم فهو أن الاجتهاد ينقض بمخالفة النص الصريح من الكتاب أو السنة وهذا سبقت الإشارة إليه في المبدأ الثاني.

ومما ينبني على هذا المبدأ:

١-أن استقرار الأحكام مقصود للشارع.

٢-يجوز رجوع القاضي عن اجتهاده السابق قبل نفاذه.

٣-أحكام المحاكم الابتدائية في حكم القضاء الذي لم ينفذ مشروط نفاذها بموافقة محكمة الاستئناف.

٤-اجتهاد محكمة الاستئناف أعلى من اجتهاد المحكمة الابتدائية، فيجوز نقض الحكم الابتدائي بحكم محكمة الاستئناف. وهذا يفهم من اللفظ الآخر الذي سيقت به القاعدة وهو: "الاجتهاد لا ينقض بمثله".

فمفهومه أنه ينقض بما هو فوقه، ولا شك أن الاجتهاد من محكمة الاستئناف اجتهاد جماعي ممن هم أكمل من قاضي المحكمة الابتدائية.

٥-يجوز نقض الاجتهاد الأدنى بالاجتهاد الأعلى.

٦-حكم الحاكم يرفع الخلاف .

وقد ذكر القرافي لتوجيه هذه القاعدة مأخذاً دقيقاً فقال :

"حكم الحاكم إنما يؤثر إذا أنشأه في مسألة اجتهادية تتقارب فيها المدارك لأجل مصلحة دنيوية فحكمه إنشاء يرفع الخلاف . فاشتراطي قيد الإنشاء احتراز من حكمه في مواقع الإجماع ، فإن ذلك إخبار وتنفيذ محض ، وفي مواقع الخلاف ينشئ حكماً وهو إلزام أحد القولين اللذين قيل بهما في المسألة ، ويكون إنشاؤه إخباراً خاصاً عن الله تعالى في تلك الصورة من ذلك الباب ، وجعل الله إنشاءه في مواطن الخلاف نصاً ورد من قبله في خصوص تلك الصورة"(١) .

فالقرافي يرى أن السر في كون حكم الحاكم يرفع الخلاف في الصورة التي يحكم فيها بأحد القولين هو أن حكمه ينشئ حكماً كالنص الشرعي الذي لا يجوز خلافه ، لكنه خاص بالصورة التي قضى فيها لا يتعداها إلى ما شابهها من الصور ، وذلك لكون هذا الاجتهاد مأذوناً فيه من قبل الشارع ، فينزل منزلة النص الخاص من الشارع ، فالله جعل الاجتهاد في الصورة المعروضة له رفعاً للخصومات وحسماً للمشاجرات . وهو أخص من الدليل العام الدال على صحة الاجتهاد في المسألة ، فيقدم الخاص على العام . ويضرب لذلك مثالاً بأن تعرض على القاضي مسألة فيها طلاق علق على النكاح وهو أن يقول الزوج: فلانة طالق إن تزوجتها

---

(١) القرافي ، أنوار البروق ٤/٤٩-٥٠ .

أو إن تزوجت فلانة فهي طالق. وهي محل خلاف، وفيها للعلماء قولان، فإذا قضى القاضي فيها باجتهاده أن الطلاق يقع لو تزوجها فلا يحق لمن يرى القول بعدم الوقوع أن يقضي في هذه الصورة بخلافه، لكن له أن يقضي في طلاق امرأة أخرى بخلافه.

المبحث الثالث

المبادئ الخاصة
بالاجتهاد في التعزير

المبحث الثالث

المبادئ الخاصة بالاجتهاد في التعزير

مما تقدم يمكن أن نعرف مبادئ الاجتهاد في التعزير بأنها:

القواعد والأصول التي يجب على المجتهد في تقدير العقوبة مراعاتها وعدم الإخلال بها أو مناقضتها في اجتهاده.

لا شك أن الاجتهاد في التعزير نوع من الاجتهاد يحكمه ما يحكم الاجتهاد بمعناه العام، فما تقدم من مبادئ الاجتهاد في الأحكام يعم الاجتهاد في التعزير، ولكن هناك مبادئ عامة يختص بها اجتهاد القاضي في تقرير العقوبة التعزيرية يمكن استنتاجها من نصوص العقوبات الواردة في الكتاب والسنة، واجتهادات الصحابة والتابعين، ومن مقاصد الشارع من العقوبة، ومما يترتب على الجريمة من الآثار السيئة. وبالتتبع والاستقراء يمكن إجمالها فيما يلي:

أ- مبدأ شرعية العقوبة .

ب- مبدأ شخصية العقوبة

ج - مبدأ عدالة العقوبة .

د- مبدأ التناسب بين العقوبة والجريمة .

هـ – مبدأ الرحمة بالمجتمع والجاني .

و–مبدأ جلب المصالح ودرء المفاسد .

وسأفصل القول في كل مبدإ مبينا معناه ودليله وبعض التطبيقات التي تدل على مراعاة الفقهاء لذلك المبدأ .

أ- مبدأ شرعية العقوبة

الشرعية: نسبة إلى الشرع، وهي من المصدر الصناعيّ الذي ينتهي بالياء المشدّدة والتاء المربوطة[١]، ومعناها: كون الشئ شرعياً .

وهذا المبدأ يذكره فقهاء القانون كثيراً، ويرتبون عليه قاعدتين أو مبدأين هما :

١–عدم رجعية القوانين، أي عدم تطبيقها على الجرائم الواقعة قبل صدور القانون .

٢–تحديد سلطة القضاة في تفسير القوانين[٢] .

١ . وقد استدل الدكتور أحمد فتحي بهنسي على مبدأ شرعية العقوبة بقوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ [٣] ونحوها من النصوص الدالة على عدم المؤاخذة على ما حصل قبل التكليف. واستشهد بقول الحنفية: لا يجوز

---

(١) عمر، أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة ٢/ ١٣٢٤ .

(٢) البهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي ص: ٣١.

(٣) سورة الإسراء آية ١٥ .

القياس في العقوبات[١]، على أنهم أرادوا منع القاضي من القياس في العقوبات للحد من سلطته في تفسير النصوص[٢].

وفي الاستدلال بالآية نظر، فإن الآية التي استدل بها تتكلم عما سبق نزول التشريع، ولا يمكن الاستدلال بها بعد عهد الرسالة بإطلاق. فالعقوبة ليس من شرطها علم المكلف بها، وإنما شرط التكليف العلم بوجوب الواجب وتحريم المحرم، ولا يشترط أن يعرف عقوبة تارك هذا الواجب أو فاعل هذا المحرم. فمن زنى وهو عالم بحرمة الزنا حُدّ، ولو لم يعرف حد الزاني. بل من ادعى الجهل بالتحريم لا يصدق إلا إذا دلت القرائن على إمكان صدقه.

وهذا المبدأ مقرر في الشريعة الإسلامية، وإن لم يذكر بهذا اللفظ، وفيما يلي أذكر محددات وصف العقوبة التعزيرية بالشرعية مع الاستدلال عليها وبعض الفروع المبنية عليها:

١-أن تكون العقوبة على ارتكاب منهي عنه أو ترك مأمور به. ويدخل في هذا الضابط مخالفة أمر السلطان ونهيه اللذين ليس فيهما معصية لله جل وعلا.

وذلك أن المباح والمستحب قد يكونان واجبين بأمر السلطان الذي أمر الله بطاعته. كما أن السلطان قد ينهى عن المباح فيستحق التعزير من خالف نهيه.

وكل عقوبة لا تكون ناشئة عن ارتكاب نهي أو ترك واجب فليست شرعية.

---

(١) الجصاص، الفصول في الأصول الطبعة الثانية، ٤/ ١٠٧.

(٢) البهنسي، المصدر السابق، الموضع نفسه.

والدليل على ذلك قوله ﷺ: "كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه "(١).

وقوله ﷺ : "إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا" الحديث(٢).

وأيضا فالعقوبة من غير جرم اعتداء فيدخل في قول الله تعالى: ﴿ وَلَا تَعۡتَدُوٓاْ ﴾(٣).

وقد ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى جواز التعزير من غير معصية، واستدلوا بأن عمر رضي الله عنه نفى نصر بن حجاج لما تعلقت به النساء لجماله وسمع امرأة تقول يوماً:

هل من سبيل إلى خمر فأشربها ... أم من سبيل إلى نصر بن حجاج(٤)

والذي يظهر لي أن عمر إنما نفاه لأمر قام به، وليس لمجرد جماله. وكون الروايات لم تذكر سبباً لنفيه سوى تعلق النساء به لا يدل على عدمه. ثم هذا

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ح ٢٥٦٤.

(٢)أخرجه مسلم في صحيحه ح ١٢١٨.

(٣) سورة البقرة آية ١٩٠.

(٤) عبدالعزيز عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية ، ص: ٨٧. وقصة نفي عمر نصر بن حجاج مشهورة ورد ذكرها في تاريخ المدينة لابن شبة، عمر بن زيد ١/ ٤٠٤. وذكرها ابن حجر في فتح الباري ١٢/ ١٦٠ .وذكرها ابن تيمية في مجموع الفتاوى ١٠٩/٢٨ مستشهدا بها.

الدليل لا يكفي لرد ما تظاهرت عليه الأدلة من أصول الشريعة وقواعدها الدالة على أنه لا عقوبة بغير ذنب. فكل ما فيه إيلام أو تقييد للحرية فهو عقوبة، والعقوبة إما أن تكون مستندة إلى شرع أو تكون ظلماً، والظلم قد حرمه الله على نفسه كما جاء في الحديث القدسي: "يا عبادي إني قد حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرماً فلا تظالموا"(١)، والأدلة على تحريم الظلم أشهر من أن يحتاج إليها قارئ هذا البحث.

والدليل المحتمل لا يمكن أن يصلح لمعارضة هذه القاعدة. ولذا قال الشاطبي: إن الأدلة الظنية لا تعارض القطعيات، والظني المعارض لأصل قطعي يرد إلا أن يرجع إلى قطعي آخر(٢).

ويمكن تأويل ما نقل عن عمر رضي الله عنه بأنه خاف عليه الفتنة فأمره بالانتقال، لا على سبيل الإلزام، ويحتمل أنه بدر منه ما يوجب إبعاده، ويؤيد هذا الاحتمال أن عمر أمره بحلق شعر رأسه مما يدل على أنه كان يبالغ في التزين فيفتن النساء.

٢-اكتمال الشروط الموجبة للتعزير، بأن يكون مستحقه عاقلاً مختاراً، عالماً بالتحريم، فالمجنون لا يعزر؛ لأنه لا يفهم الخطاب ولا يستفيد من التأديب. والمكره لا يعزر؛ لأنه غير مسؤول عن تصرفه، إلا إذا كان فيما لا يعذر فيه

(١) أخرجه مسلم، ح ٦٧٤.

(٢) الشاطبي، الموافقات، ٢/ ٢٢٥، ٣/ ١٨٦.

بالإكراه كقتل المعصوم، أو جرحه. ومن لم يعلم بالتحريم غير مكلف؛ لأنه لم يتعمد المعصية، فلا تعزير عليه إذا ادعى الجهل، وأمكن أن يكون كذلك.

وأما الصبي فيؤدب إذا ارتكب ما يحرم على المكلفين حتى لا يعتاد عليه، ولكن تأديبه يراعى فيه سنه وتحمله.

٣-أن تتحقق في التعزير مقاصد الشارع من العقوبة التعزيرية، وهي الإصلاح والتأديب، وردع الجاني عن معاودة الجناية، وزجر الآخرين عن الإقدام عليها، والرحمة بالمجتمع وحمايته من أضرار الجريمة، والعدل بين الرعية وترضية المجني عليه[١].

فكل عقوبة لا تتحقق فيها هذه المقاصد أو بعضها فليست شرعية.

٤-أن تكون العقوبة المحكوم بها من جنس العقوبات التي قضى بها الشارع في حد أو تعزير. فالشارع ورد عنه جملة من العقوبات الدنيوية مثل القتل والضرب والحبس والغرامة المالية والتبكيت والتغريب. فينبغي أن تكون العقوبة التعزيرية من جنس هذه العقوبات، والجنس الذي يجمع هذه العقوبات أن فيها إيلاماً وردعاً عن تكرار الجناية، مع عدم إتلاف الأعضاء وتشويه الخلقة إلا في الحدود المنصوص عليها كالزنى والحرابة.

فكل عقوبة ليست من جنس عقوبات الشارع فليست شرعية.

---

(١) عبدالعزيز عامر، التعزير ص: ٢٩٣-٢٩٨.

وهذا الضابط يمكن الاستدلال عليه بما جاء في الشريعة من حرمة دماء المسلمين وأعراضهم إلا بحقها. وهي نصوص كثيرة لا تخفى على طلاب العلم، تقدم طرف منها .

فلا يجوز التعزير بجدع الأنف أو الأذن، ولا بحلق اللحية، ولا بالقذف، واختلفوا في التعزير بتسويد الوجه، والطواف به على حمار حاسر الرأس ووجهه إلى الخلف(١) .

٥-أن لا يتعدى ضرر العقوبة إلى غير الجاني، فلو تعدى ضرر العقوبة إلى غير الجاني لم تكن شرعية. فلا يجوز للقاضي أن يعاقب أبا الجاني أو أخاه أو زوجته، لأن الله تعالى يقول: ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾(٢) .

وهذا الشرط سيأتي ذكره ضمن مبدأ مستقل آخر لأهميته، وسيأتي ضابط الضرر الذي يجب ألا يتعدى الجاني.

---

(١) بدر الدين العينى، البناية شرح الهداية ٥/ ٤٧٨، وشيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ١/ ٦٠٩، والقرافي، الذخيرة ١٠/ ٢٢٩، وابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ٢/٣٠٥-٣٠٦، والرملي ،محمد بن أحمد، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ٨/٢١ ، والقاضي أبو يعلى، الأحكام السلطانية ص: ٢٨٣، وابن قدامة، المغني ١٢/ ٥٢٦، والبهوتي، كشاف القناع ٧/ ٧٤.

(٢) سورة الإسراء آية ١٥ .

٦-أن لا يؤدي إلى مفسدة أعظم. وذلك أن من قواعد الشارع درء المفاسد وتقليلها، وجلب المصالح وتكثيرها. ومن مقاصده درء أعظم المفسدتين بارتكاب أخفهما.

فلا يجوز أن تعزر المرأة بسجنها مع الرجال، أو يعزر الأمرد بسجنه مع المعروفين بالفجور. ومما يدل على ذلك أن محققي الفقهاء قالوا إن المرأة الزانية لا تغرب مع الجلد، لأن التغريب ربما أغراها بالفساد (١).

فهذه الشروط بمثابة مبادئ جزئية تدخل تحت مبدأ الشرعية.

تطبيقات هذا المبدأ:

تقدم في أثناء الكلام عن ضوابط وصف العقوبة بالشرعية ذكر كثير من الأمثلة التطبيقية على كل ضابط، ويمكن أن أضيف إلى ذلك ما يلي:

١-المناداة بالاستعاضة عن السجن ببعض الأعمال التي لا تستدعي غياب الرجل عن بيته كثيرا، كالتعزير بالخدمات الاجتماعية(٢)، والإلزام بحضور

---

(١) بدر الدين العينى، البناية شرح الهداية ٦/ ٢٨٩، والقرافي، الذخيرة ١٢/ ٨٨، وأحمد الصاوي، بلغة السالك ٤/ ٢٣٩، وابن عاشور التونسي، التحرير والتنوير ٤/ ٢٧٦.

(٢) الحجيلان، عبد العزيز بن محمد، والميمن، إبراهيم بن محمد، التعزير بالخدمة الاجتماعية، وينظر:

جريدة الرياض http://www.alriyadh.com/2..6/12/12/article2.8468.html.

جريدة الشرق http://www.alsharq.net.sa/2.12/.6/24/359579.

بعض الدورات[١]. وهذا لأجل درء تعدي العقوبة إلى غير الجاني من أولاده وبناته وزوجته.

٢-لا يجوز تعزير المتحرش بالأحداث أو النساء بمثل فعله؛ لأنه فعل محرم وليس من جنس عقوبات الشارع .

٣-المنع من سجن الأحداث مع الكبار، لأنه يؤدي إلى مفاسد أعظم ولا يحقق مقصد الإصلاح[٢].

٤-ضرورة فصل المدانين في جرائم كبيرة وأصحاب السوابق عمن يدانون للمرة الأولى، لئلا تؤدي العقوبة إلى ضد مقصودها .

٥-الاكتفاء بالالتزام بعدم العودة للفعل في القضايا الموجبة للتعزير بين الأقارب، إذا رأى القاضي أن العقوبة تؤدي إلى قطيعة الرحم، قال في معين الحكام: "...فإن خشي من تفاقم الأمر بإنفاذ الحكم بين المتخاصمين أو كانا من أهل الفضل أو بينهما رحم أقامهما وأمرهما بالصلح"[٣].

---

(١) من ذلك ما حكم به قاضٍ في المحكمة الجزئية بالقطيف على زوج اعتدى على زوجته بوجوب حضور دورة في فن التعامل الأسري. ينظر: جريدة الرياض السعودية في عددها (١٦٤١٧)الصادر يوم الأربعاء الموافق٢٦/ ٧/ ١٤٣٤هـ

http://www.alriyadh.com/ ٥./٦./٢,١٣/article٨٤١٢١١.html

(٢) نظام الإجراءات الجزائية

http://www.boe.gov.sa/ViewSystemDetails.aspx?lang=ar&SystemID=#٣٢٦search١

(٣) الطرابلسي، علي بن خليل، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، ص: ١٩.

ب- مبدأ شخصية العقوبة

هذا المبدأ يقصد به أن العقوبة يجب أن تقع على الجاني دون سواه فلا يعاقب القريب بجناية قريبه. وقد دلت على هذا المبدأ نصوص كثيرة منها:

قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾(١).

وقوله تعالى: ﴿ لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ ﴾(٢).

وقول الرسول ﷺ لرجل وابنه: "إنك لا تجني عليه ولا يجني عليك"(٣).

ورد النبي ﷺ للمرأة التي اعترفت بالزنا حتى تضع ولدها وتفطمه(٤). فلم يرجمها إلا بعد استغناء الطفل عن الرضاعة، فيه دليل واضح على أنه قصد عدم تعدي العقوبة له.

---

(١) سورة الأنعام آية ١٦٤.

(٢) سورة البقرة آية ٢٨٦.

(٣) أخرجه النسائي في السنن الكبرى ٤/ ٢١٤، ح ٧٠٣٥ من حديث أبي رمثة ٤/ ٢٤١ وأبو داود في السنن باب الخضاب ح ٣٦٧٥ . وابن ماجه ح ٢٦٦١ وصححه الحاكم ح ٣٥٩.

(٤) أخرجه مسلم ح ٣٢٠٨ وأبو داود ح ٣٨٥٣.

وهو مبدأ متقرر في شريعة يوسف عليه السلام كما أشار إلى ذلك الحق تبارك وتعالى بقوله: ﴿ قَالَ مَعَاذَ ٱللَّهِ أَن نَّأْخُذَ إِلَّا مَن وَجَدْنَا مَتَٰعَنَا عِندَهُۥٓ إِنَّآ إِذًا لَّظَٰلِمُونَ ﴿٧٩﴾ ﴾[١].

وقد سارت على ذلك الأنظمة والقوانين البشرية في أغلب دول العالم.

وقد عد بعض العلماء الحكم على العاقلة بالدية في قتل الخطأ وشبه العمد استثناء من هذا الأصل، ومنعوا القياس عليه لكونه مستثنى من القياس[٢].

وأنكر بعض العلماء عد ذلك استثناءً من هذا المبدأ، وقالوا إنه لا تضاد بين مبدأ شخصية العقوبة، والحكم بالدية على العاقلة، وذلك أن أمر العاقلة بدفع دية القتيل الخطأ وشبه العمد ليس من باب العقوبة لهم، بدليل أن من شرط ذلك أن لا يفرض على الواحد منهم ما يجحف بماله أو يشق عليه، بل حدد بعض الفقهاء ما يدفعه كل واحد بثلاثة دراهم. وهو مبلغ زهيد ينمي فيهم روح التعاون على البر والتقوى، ويخفف العبء عن الجاني لكونه لم يتعمد القتل. كما أن في تكليف العاقلة بالدية مواساة أولياء الدم الذين لولا تحمل العاقلة ربما لم يجدوا عند الجاني سداداً، فيذهب دم وليهم هدرا بلا عقل. فتبين أن في هذا

---

(١) سورة يوسف آية ٧٩.

(٢) ابن الدهان، محمد بن علي بن شعيب، تقويم النظر في مسائل خلافية شائعة ٤/٤٢٧، وابن قدامة، روضة الناظر ٢/ ٢٧٧، والزركشي، البحر المحيط٧/١٢٢.

الحكم رحمة بالجاني والمجني عليه وأوليائه. وهذا يتناسب مع روح التشريع، كما أنه كان من صنائع المعروف التي كانت موجودة عند العرب في الجاهلية وقد جاء الرسول ﷺ مكملا لها كما قال عن نفسه: "إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق"، وإذا تقرر هذا المبدأ فينبغي البحث في ضابط الضرر الذي يمنع تعديه إلى غير الجاني؛ أهو كل ضرر سواء أكان مباشراً أم غير مباشر، متيقناً أم مظنوناً، مادياً أم معنوياً ؟

إن قرابة الجاني لابد أن يتألموا من العقوبة التي توقع على قريبهم، وينالهم شيء من الضرر، ولو منعنا من إيقاع العقوبة على الجاني لذلك الضرر لما عاقبنا جانياً، لا بالسجن ولا بالجلد ولا بغيرهما.

ولذا لا بد من ضبط للضرر الذي يعد تعدياً للعقوبة لغير الجاني. وقد وجدنا الرسول ﷺ عاقب الجناة ولم يلتفت إلى تألم عشائرهم وقرابتهم، فعندما سرقت المرأة المخزومية عظم على بني مخزوم أن تقطع يدها، فكلموا أسامة بن زيد ليشفع لها(١)، ولم يقبل النبي ﷺ شفاعته. ولا يقال إن هذا حد فقد تشدد فيه بخلاف التعزير، لأننا نتكلم عن مبدأ شرعي عام يشمل العقوبات كلها، فالأدلة الدالة على عدم تجاوز العقوبة الجاني لغيره لم تفرق بين حد وتعزير.

---

(١) أخرجه البخاري ح ٣٢١٦ ومسلم ح ٣١٩٦.

كما وجدنا الرسول ﷺ أخر إقامة الحد على الزانية حتى تضع الولد وتفطمه، لأنه سيلحقه ضرر مباشر لو حدّها قبل الولادة، وهو ضرر متيقن على النفس وإن لم يكن مباشراً لو حدّها قبل إنهاء مدة الرضاعة.

وبذلك نستطيع أن نضبط الضرر الذي يجب أن لا يتعدى الجاني إلى غيره بأنه الضرر المحسوس المباشر أو المتيقن، فأما تألم أقرباء الجاني من ضربه أو سجنه أو قتله فهو ليس ضرراً محسوسا مباشراً، ولا متيقناً. والله أعلم.

أما الأضرار المعنوية غير المباشرة فهي محل اجتهاد القاضي، فقد يراعيها إذا كانت الجناية صغيرة، ويتجاهلها إذا كانت الجناية عظيمة، وقد يراعي ما عظم من تلك الآثار دون ما خف. وهو في ذلك محكوم بما سيأتي من المبادئ.

تطبيقات هذا المبدأ:

١-إذا استحقت المرأة الحامل التعزير وخيف على الولد فلا تعزر حتى تضع حملها.

٢- إذا عاقب القاضي بالتشهير يجب أن يقتصر التشهير على الجاني نفسه ولا يتعداه إلى القبيلة أو الأسرة.

٣-لا يجوز الحكم بحبس أقرباء الجاني الهارب إلا إذا تبين أن لهم يداً في تهريبه، فيكون حبسهم عقوبة على فعلهم.

٤-إذا وقعت الجناية من واحد لا يجوز معاقبة كل من حضرها إلا إذا تبين أنهم حرضوا الجاني، أو أعانوه، أو قصدوا التستر عليه، وتضليل المحققين والقضاة.

٥-لا يجوز العقاب الجماعي على جريمة فردية ما لم يثبت التواطؤ.

ج- مبدأ عدالة العقوبة:

العدل في اللغة: قال ابن فارس إن له أصلين صحيحين متضادين، أحدهما يدل على استواء والآخر يدل على اعوجاج.

ثم ذكر عن الأصل الأول الذي هو المقصود هنا أنه يعني: "الحكم بالاستواء. ويقال للشيء يساوي الشيء: هو عدله، وعدلت بفلان فلاناً وهو يعادله... والعدل: قيمة الشيء وفداؤه...

والعدل: نقيض الجور والظلم، تقول: عدل في رعيته، ويوم معتدل: إذا تساوى حره وبرده "(١).

والمقصود به هنا نقيض الجور والظلم، لأنه في مجال الحكم والقضاء بالاجتهاد. ومن العدل التسوية بين المتساوين والتفرقة بين المتخالفين. وعدالة العقوبة أن تكون مساوية للجرم.

وقد أمر الله بالعدل في كتابه في مواضع كثيرة ومنها:

---

(١) ابن فارس، مقاييس اللغة ٢٤٦/٤-٢٤٧.

قوله: ﴿ وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُوا۟ بِٱلْعَدْلِ ﴾[(١)] .

وقوله تعالى: ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَـٰنِ ﴾[(٢)] .

وقوله تعالى: ﴿ فَلَا تَتَّبِعُوا۟ ٱلْهَوَىٰٓ أَن تَعْدِلُوا۟ ﴾[(٣)] .

وقوله تعالى: ﴿ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَـَٔانُ قَوْمٍ عَلَىٰٓ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ ۚ ٱعْدِلُوا۟ هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ﴾[(٤)] .

وقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا قُلْتُمْ فَٱعْدِلُوا۟ وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ ﴾[(٥)] .

كما نهى عن ضده وهو الظلم في جملة من الآيات وبين عاقبة الظلم وشؤمه ومن ذلك:

قوله تعالى: ﴿ فَأَرْسَلْنَا عَلَيْهِمْ رِجْزًا مِّنَ ٱلسَّمَآءِ بِمَا كَانُوا۟ يَظْلِمُونَ ﴾[(٦)] .

---

(١) سورة النساء آية ٥٨.

(٢) سورة النحل آية ٩٠.

(٣) سورة النساء آية ١٣٥ .

(٤) سورة المائدة آية ٨.

(٥) سورة الأنعام آية ١٥٢ .

(٦) سورة الأعراف آية ١٦٢ .

و قوله تعالى: ﴿ ثُمَّ قِيلَ لِلَّذِينَ ظَلَمُوا۟ ذُوقُوا۟ عَذَابَ ٱلْخُلْدِ ﴾(١).

و قوله تعالى: ﴿ وَأَخَذَ ٱلَّذِينَ ظَلَمُوا۟ ٱلصَّيْحَةُ فَأَصْبَحُوا۟ فِى دِيَٰرِهِمْ جَٰثِمِينَ ﴾(٢).

وبين أن شؤم الظلم يلحق من ركن إلى الظالم فقال: ﴿ وَلَا تَرْكَنُوٓا۟ إِلَى ٱلَّذِينَ ظَلَمُوا۟ فَتَمَسَّكُمُ ٱلنَّارُ ﴾(٣).

ونفى عن نفسه الظلم فقال: ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يَظْلِمُ ٱلنَّاسَ شَيْـًٔا وَلَٰكِنَّ ٱلنَّاسَ أَنفُسَهُمْ يَظْلِمُونَ ﴾(٤).

وقال تعالى: ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يَظْلِمُ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ ﴾(٥).

وهذا المعنى متقرر في أصول الشريعة وفروعها، ثابت ثبوتاً قطعياً لا استثناء فيه.

والعقوبات من وسائل تحقيق العدل، وما شرع القصاص إلا لإقامة العدل في الأرض، والمحافظة على سلامة النفوس، وصون الدماء، والأعراض والأموال.

---

(١) سورة يونس آية ٥٢.

(٢) سورة هود آية ٦٧.

(٣) سورة هود آية ١١٣.

(٤) سورة يونس آية ٤٤.

(٥) سورة النساء آية ٤.

والعقوبات التعزيرية ليست خارجة عن هذا المبدأ العظيم والقصد الشريف. ولذا كان لزاماً على القضاة الالتزام به في تقدير العقوبات.

تطبيقات على العدالة في العقوبة التعزيرية

١-التعزير لحق الآدمي يجب أن يكون مساوياً للضرر الذي أصاب المجني عليه[١].

فإن السب في جمع من الناس أو في صحيفة سيارة أعظم أثراً من السب في الخلوة، فمن العدالة تفاوت العقوبتين.

٢-مراعاة حال الجاني وقدرته على تحمل العقوبة، فالمريض والضعيف يجب أن تكون عقوبته التعزيرية أخف حتى لا تؤدي إلى هلاكه. وإذا اقتضى الأمر تأخير العقوبة أخرت كما أخر النبي ﷺ عقوبة الزانية –مع كونها حداً لا تعزيراً– إلى أن تضع حملها وتفطم ابنها.

٣-ليست العدالة في تساوي عقوبة المكلفين التعزيرية، بل العدالة تتحقق في تساوي المتساوين واختلاف المختلفين.

٤-اختلاف عقوبة الجرم الواحد لا ينكر إذا كان مبناه على اجتهاد ونظر في حال الجاني وليس مبناه على المحاباة والهوى. وذلك أن من الناس من وقع في الجرم بنزعة شيطان في لحظة ضعف بشري، وليس الإجرام من طبعه، ويمكن أن

---

(١) أبو زهرة، العقوبة ص١٦ .

يكفي في إصلاحه النصح والتذكير والوعظ. ومنهم من لا يكفيه ذلك لتأصل الإجرام فيه وتكرره منه. فحين تختلف عقوبة هذا عن ذاك ينبغي أن لا يستنكر.

د- مبدأ التناسب بين العقوبة والجريمة

هذا المبدأ يرتكز على مبدأ العدالة الذي سبق ذكره، حيث تبين أن من العدالة التناسب بين العقوبة والجريمة.

وحيث إن الجريمة قد تقع لنزوة عارضة، وقد تقع لفساد متأصل في الطبع، وقد يضعف أثرها وقد يعظم، وقد تكون جريمة في حق المجتمع أصالة وفي حق الأفراد تبعاً، وقد تكون بالعكس. وقد يقترن بها ما يقتضي التشديد في العقوبة أو تخفيفها. فكل هذه الصفات يجب مراعاتها عند تقدير العقوبة. ولعل المبدأ الذي اشتهر عند القانونيين بمبدأ تفريد العقوبة يقترب من هذا المبدأ أو يمهد لتحقيقه. حيث إن تفريد العقوبة يعطي القاضي فرصة مراعاة الجريمة، وتقدير العقوبة المناسبة لها بشخصها، بالنظر إلى بواعثها وآثارها وظروفها.

والدليل على صحة مبدأ التناسب بين العقوبة والجريمة من وجوه:

١-قوله تعالى: ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ (١).

---

(١) سورة البقرة آية ١٩٤.

فالآية صريحة في مماثلة الجزاء للاعتداء. وهي عامة مطلقة. عامة في كل معتد ومطلقة في نوع الاعتداء.

٢-ما تقرر في مبدأ العدالة في تقدير العقوبة.

وهو مندرج في عدالة الشارع المطلقة المتفق عليها بين المسلمين. فكل حكم يخلو عن العدالة فالشرع منه بريء.

٣-أن الله جعل حد العبد والأمة على النصف من حد الحر، لما قام بهم من ضعف الرق الذي قد يؤدي إلى امتهانهم، وعدم التهيب من مراودتهم عن أنفسهم، ولعدم تخوفهم من معرة الجريمة وهتك العرض.

٤-ما نقل من قضاء الصحابة رضوان الله عليهم في تغليظ الدية على القاتل في الحرم[١] مراعاة لحرمة المكان، وتغليظ العقوبة على من سكر في رمضان[٢] مراعاة لحرمة الزمان، وعدم القطع عام المجاعة، وعدم قطع الخادم الذي لا يعطيه سيده ما يسد جوعه.

٥-ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: "أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود"[٣].

---

(١) الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة ٥/٧٧.

(٢) روى ابن أبي شيبة عن علي رضي الله عنه أنه جلد الشاعر النجاشي ثمانين للشرب وعشرين للفطر حينما سكر في رمضان. عون المعبود ١٢/١١٨.

(٣) سبق تخريجه.

تطبيقات التناسب بين الجريمة والعقوبة التعزيرية

١-العقوبة التي تكون لحماية الفضيلة والمحافظة على القيم الأخلاقية ينظر فيها إلى مقدار الأثر الناشئ عن الجريمة في المجتمع؛ فتعظم كلما عظم أثرها في نشر الرذيلة ومحاربة الفضيلة.

٢-الجرم الواقع على عموم الناس أعظم من الجرم الواقع على فرد واحد منهم. فمن حاز المخدرات لاستعمالها، فجرمه أهون من جرم من روجها ونشرها. ومن سمّ فرداً أو أفراداً جرمه أهون ممن وضع السم في مصادر المياه التي يشرب منها الناس، أو في الأدوية التي يتعاطاها الناس.

٣-الجرائم التي ثبت في جنسها حد مقدر يجب أن لا تزيد عقوبتها على ذلك الحد. فجريمة الزنا إذا لم تكتمل فيها شروط إيجاب الحد، يجب أن لا تزيد العقوبة التعزيرية على الحد.

وجريمة أخذ المال خفية إذا لم تكتمل فيها جريمة السرقة الموجبة للقطع، يجب أن لا يكون التعزير أعظم من قطع اليد.

وجريمة السب بما لا يوجب حد القذف، يجب أن لا تزيد على حد القذف المقرر في الشرع.

وتطبيق هذا المبدأ على الوجه الذي ذكرته هو الذي ذهب إليه طائفة من علماء الشافعية والحنابلة[١].

وذهب بعض العلماء إلى أن التعزير بالجلد يجب أن لا يبلغ أدنى الحدود، وهو السكر، فلا يزيد عن تسع وثلاثين جلدة على القول بأن حد السكر أربعون، ولا يزيد عن تسع وسبعين جلدة على القول بأن حد السكر ثمانون وعن أبي يوسف خمس وسبعون جلدة[٢].

ومن العلماء من ذهب إلى أنه لا يجوز أن يزيد على عشر جلدات استدلالاً بحديث: "لا يجلد أكثر من عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله"[٣].

وهذا البحث ليس معنيا بتحقيق الخلاف في أكثر ما يعزر به الجاني، ولكن القول الأول هو الذي تتحقق به العدالة ويحصل به التناسب بين الجريمة والعقوبة بحيث يكون التفاوت فيا بين الناس باعتبار أحوالهم في نطاق ما ذكر.

٤-الجرائم المتضمنة للغدر والخيانة، واستغلال الثقة أعظم من الخالية عن ذلك. فالتحرش الجنسي حين يقع من رجل الأمن المكلف بحماية الناس من هذا الاعتداء يجب أن تكون عقوبته أعظم مما لو حصلت ممن سواه من الناس.

---

(١) ابن قدامة، المغني ١٢/٥٢٣-٥٢٤، والنووي، روضة الطالبين ١٠/١٧٤.

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق ١٣/١٩٤ .

(٣) أخرجه البخاري ح ٦٨٤٨ ومسلم ح ٣٢٢٢.

٥-الجرائم التي تكثر الدوافع إليها، ويصعب التحرز منها يجب أن تكون أخف من الجرائم التي لا يوجد ما يدفع إليها. وشاهد ذلك أن الله جعل من الثلاثة الذين لا يكلمهم ولا ينظر إليهم ولا يزكيهم: "أشيمط زانٍ"[١]، والأشمط هو من اختلط بياض شعره بسواده، حيث إن كبر سنه لا يغريه بالزنا، فإذا زنى مع قلة الدوافع دل ذلك على فساد طبعه، وتهاونه بحدود الله. على عكس الشاب الذي لديه من الدوافع الغريزية ما يغريه بالزنا. والظاهر والله أعلم أن هذا الملحظ مأخوذ في الاعتبار في حد الزنا حيث جعل الله حد المحصن الرجم وغير المحصن الجلد والتغريب.

٦-ظروف الجريمة قد تستدعي تخفيف العقوبة وقد تستدعي تشديدها:

فالجرم قد تزيد عقوبته اعتباراً لحرمة المكان كالتحرش بالنساء في الطواف، أو بالمحارم. وسب القاضي أو ولي الأمر، فتكون عقوبة هذه الأفعال أشد من عقوبتها لو انفكت عن هذه الصفات.

وفي الجانب الآخر قد تخفف العقوبة بالنظر إلى ظروف الجاني كخيانة العامل الفقير المحتاج للمال لعلاج أو حاجة من حاجات الناس لا ينبغي أن تكون كخيانة الغني الذي يتكثر بالمال.

---

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الصغير ح٨٢١، وصححه الألباني. صحيح الجامع الصغير وزيادته ١/ ٥٨٩.

وهنا أمر يستدعي التأمل والبحث وهو أن مبدأ شخصية العقوبة ومبدأ التناسب بين الجريمة والعقوبة يستدعيان التفاوت في عقوبة الجناية الواحدة من حيث النوع، وذلك يؤدي إلى اتهام القاضي بالمحاباة، وهذه التهمة ينشأ عنها عدم الثقة في القضاء، وعدم التسليم بقراراته فما المخرج من ذلك ؟ ثم هل يمكن أن نجزم بعصمة القاضي ؟ وكيف نقنع عامة الناس الذين يسمعون عن هذه الأحكام المتفاوتة بين قاضٍ وآخر، وبين قضية وأخرى، على الرغم من تساوي الجرم في نظرهم ؟ وهل يمكن تقنين العقوبة التعزيرية مع مراعاة هذا المبدأ ؟

بعد التأمل في هذا الإشكال تبين لي أنه يمكن الجواب على هذه الإشكالات أو الحد منها بعدة طرق هي:

١-النص على أدلة الأحكام ونشرها مقرونة بأسبابها وعللها، فإنه يوضح سبب التفاوت.

٢-منع وسائل الإعلام من نشر معلومات غير مؤكدة عن الجرائم المنظورة لدى القضاء قبل صدور الأحكام فيها.

٣-تحديد سقف أعلى وأدنى للتعزير في الجنايات الكثيرة الحدوث كالخيانة، والاختلاس، واستغلال النفوذ، والتزوير، والتحرش، والمعاكسات.

٤-العمل بنظام القضاء التراتبي الذي يجعل القضية تمر بمحكمتين على الأقل وأحياناً بثلاث محاكم كما هو المعمول به في المملكة العربية السعودية.

فهذا النظام يكفل عدالة حكم القاضي الذي حكم في القضية ابتداءً، إذا وافقه قضاة محكمة الاستئناف.

هـ -مبدأ الرحمة بالجاني والمجتمع

هذا المبدأ كان من الممكن إدراجه في شرعية العقوبة، لأن الشرع كله رحمة. قال تعالى لنبيه ﷺ : ﴿ وَمَآ أَرۡسَلۡنَٰكَ إِلَّا رَحۡمَةً لِّلۡعَٰلَمِينَ ﴾[1]. ولكن لما كان الكلام عن الاجتهاد في تقدير العقوبة، والمجتهد في ذلك بشر قد تدفعه الغيرة على محارم الله، والرغبة في صيانة المجتمع إلى القسوة على الجاني والتشديد عليه، وقد تدفعه الرحمة بالجاني إلى التخفيف عنه ونسيان حق المجتمع في تحقيق الحماية من الجريمة وآثارها، ناسب أن نجعل الرحمة بالجاني وبالمجتمع في مبدأ واحد ليكون القاضي أو المجتهد الناظر مستحضراً لمصلحة الجاني والمجتمع فلا تطغى إحداهما على الأخرى.

(١) سورة الأنبياء آية ١٠٧.

الأدلة على هذا المبدأ

١-ما ثبت من كون إرسال الرسل وإنزال الشرائع رحمةً بالعالمين جميعاً كما قال تعالى: ﴿ وَمَآ أَرْسَلْنَٰكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَٰلَمِينَ ﴾[١].

وسمى القرآن رحمة فقال: ﴿ وَإِنَّهُۥ لَهُدًى وَرَحْمَةٌ لِّلْمُؤْمِنِينَ ﴾[٢].

وقال: ﴿ بَصَآئِرَ لِلنَّاسِ وَهُدًى وَرَحْمَةً لَّعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ ﴾[٣].

فكل تشريع يستند إلى شرع الله فهو رحمة في العاجل أو في الآجل.

٢-أن الرسول ﷺ عد منع الظالم عن الظلم نصراً له فقال: "انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً، قيل يا رسول الله أنصره إذا كان مظلوماً، فكيف أنصره إذا كان ظالماً ؟ فقال: تحجزه عن الظلم" أخرجه أحمد والبخاري والترمذي[٤].

٣-أن إقامة الحدود عبادة مع ما فيها من الألم اللاحق بالجاني، قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "إن إقامة الحدود من العبادات كالجهاد في سبيل الله فينبغي أن يعرف أن إقامة الحدود رحمة من الله بعباده، فيكون الوالي شديداً في إقامة الحد لا تأخذه رأفة في دين الله فيعطله ويكون قصده رحمة الخلق بكف الناس عن المنكرات لا شفاء غيظه وإرادة العلو في الخلق"[٥].

---

(١) سورة الأنبياء آية ١٠٧.

(٢) سورة النمل آية ٧٧.

(٣) سورة القصص آية ٤٣.

(٤) بارع توفيق، كنوز السنة النبوية ١/١٦٨.

(٥) ابن تيمية، السياسة الشرعية ص ٩٨.

وما يقال في الحدود يقال مثله في التعزيرات ؛ إذ كلها عقوبة على معصية .

وتشريع العقوبات فيه رحمة بالجاني من عدة جوانب أهمها :

١-أن فيه تكفيراً لذنبه ومحواً لجرمه .

٢-أن فيه منعاً له من معاودة الذنب ، وهذا في غاية الرحمة بالجاني .

أما كون العقوبات رحمة بالمجتمع فيوضحه أن الجريمة أو الجناية التي تحدث في المجتمع ويعلم بها الناس أو بعضهم وترفع للقاضي لو تركت بدون عقوبة لأدى ذلك إلى استسهال الناس تلك الجريمة ، واستمرائهم فعلها فلا تلبث أن تنتشر ، والجرائم مهما صغرت هي كالسوس الذي ينخر الخشب حتى يفسده بعد حين . وإن عوقب الجاني بما يردعه ارتدع غيره من الناس ، وبقي المجتمع سليماً من تلك الجريمة . فهذا وجه كون العقوبة رحمة بالمجتمع .

ويدل على ذلك ما يلي:

١-أن الله عد التحدث عن وقوع أفراد من المجتمع بأعيانهم في الزنا جريمة تستحق العقوبة ، وفرض فيها حد القذف ، ووصف الذين يتحدثون عن وقوع أفراد معينين في هذه الجريمة بأنهم يحبون أن تشيع الفاحشة في المجتمع ، فقال تعالى: ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ ٱلْفَٰحِشَةُ فِى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِى ٱلدُّنْيَا وَٱلْـَٔاخِرَةِ ۚ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾[١] ، والعقوبة الدنيوية هي الحد أوالتعزير .

---

(١) سورة النور آية ١٩.

وهذا يمكن أن يقال في الجرائم الأخرى غير جريمة الزنا، وإن كانت عقوبتها ليست كعقوبة الزنا.

٢-أن بعض الجرائم الموجبة للتعزير تتعلق بحقوق أفراد من المجتمع وفي عقوبة الجاني تطييب لنفوس المجني عليهم ونزع للغل والحقد من قلوبهم، وهذا يسهم في تكوين مجتمع متآلف متصالح، يرضى فيه كل فرد بما قسم الله له من الرزق والجاه.

٣-أن ترك العقوبة على بعض الجرائم قد يؤدي إلى انتقام المتضرر لنفسه، وهذا يزرع الفوضى ويذكي نار العداوة.

٤-أن مبدأ العدل الذي قامت عليه الدنيا يقتضي مجازاة المعتدي على أموال الناس وأعراضهم ودمائهم، فتركه بلا عقوبة خلاف العدل.

تطبيقات على هذا المبدأ

١-المبالغة في عقوبة التعزير تنافي الرحمة بالجاني والتهاون في ذلك ينافي الرحمة بالمجتمع.

٢-توبة الجاني في الجنايات التي لا حد فيها وحق الله فيها أغلب تقتضي العفو عن العقوبة.

و- مبدأ جلب المصالح ودرء المفاسد:

هذا المبدأ من المبادئ العظيمة التي راعاها الشارع في العقوبات، فعقوبة القتل والقذف والسرقة ونحوها من الجرائم روعي فيها كون العقوبة جالبة لمصلحة ودارئة لمفسدة، والتعزير من جنس العقوبات. وهذا المبدأ ظاهر الأثر في تقدير التعزير، فمن شرط الناظر في تقرير العقوبة معرفته لما يحقق المصلحة ويدرأ المفسدة، يدل على ذلك:

أ- أن المقصود الأعظم من بعثة الرسول صلى الله عليه وسلم جلب المصالح وتكثيرها، ودرء المفاسد وتقليلها كما قال تعالى: ﴿عَزِيزٌ عَلَيْهِ مَا عَنِتُّمْ حَرِيصٌ عَلَيْكُم بِٱلْمُؤْمِنِينَ رَءُوفٌ رَّحِيمٌ﴾[1]، وقال تعالى: ﴿وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَٱلْأَغْلَٰلَ ٱلَّتِى كَانَتْ عَلَيْهِمْ﴾[2] وقال: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾[3]، وقال: ﴿هُوَ ٱلَّذِى بَعَثَ فِى ٱلْأُمِّيِّـۧنَ رَسُولًا مِّنْهُمْ يَتْلُواْ عَلَيْهِمْ ءَايَٰتِهِۦ وَيُزَكِّيهِمْ﴾[4]، فتزكية النفوس مقصد عظيم من مقاصد التشريع عموما ومن مقاصد التعزير خصوصا.

---

(١) سورة التوبة آية ١٢٨.

(٢) سورة الأعراف آية ١٥٧.

(٣) سورة الأعراف آية ١٥٧.

(٤) سورة الجمعة آية ٢.

ب- أن التعزير يرجع في تقديره لاجتهاد القاضي أو ولي الأمر ، وكل ما ترك لولي الأمر تحديده فشأنه أن يراعى فيه تحقيق المصلحة ودرء المفسدة ، فالقاعدة الفقهية تقول: "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة"(١) .

ت- أن التشريع كله مبني على هذا المبدأ ، وقد حكى الإجماع على ذلك عدد من المحققين الثقات من العلماء مثل القرافي وابن تيمية وابن القيم(٢) .

إذا تقرر هذا فإن المصالح والمفاسد لها مراتب متفاوتة في الأهمية والأثر ، ومراعاتها في التعزير يقتضي تفاوت العقوبة بقدر تفاوت ما يترتب على الجرم من مفسدة وما تفوت به من المصلحة؛ فالجريمة التي يترتب عليها فساد في الدين والأنفس أهم من التي يترتب عليها هلاك مال. والجرائم التي يعمّ أثرها أهل البلد كلّهم أو جلّهم ليست كالجريمة التي يتأذى به أفراد محصورون .

تطبيقات هذا المبدأ

يظهر أثر هذا المبدأ في ضبط الاجتهاد في التعزير من خلال التطبيقات التالية:

---

(١) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص: ١٠٤ ، والزركشي ، المنثور في القواعد الفقهية ١/ ٣٠٩.

(٢) الشاطبي ، الموافقات ٢/ ٢١٨ ، وابن تيمية ، مجموع الفتاوى ١١/ ٣٤٧ ، وابن القيم ، مفتاح دار السعادة ٢/ ٢٢ .

١-إفشاء الأسرار المهمة للدولة تقدر عقوبته بناء على ما يترتب عليه من المفسدة، فقد تكون الأسرار خطيرة مؤدية لهلاك أنفس وضياع حقوق، وقد تكون أقل من ذلك.

٢-الكذب على الآخرين لتشويه سمعتهم قد يكون اتهاما بالخيانة واستعداء للجهات الأمنية بلا دليل، مما يؤدي إلى ترويع أهل البيت ومن فيه وتشويه سمعتهم، وقد يكون أخف أثرا من ذلك، فلا تكون عقوبته متساوية.

٣-نشر التهم في وسائل الإعلام قبل ثبوتها مفسدته أعظم من التحدث بها في مجلس خاص أو في قاعة محاضرات مثلا، فلا تكون العقوبة واحدة.

٤-تصوير العورات ونشرها في الإنترنت أعظم مفسدة من الاحتفاظ بها في جوال الشخص أو حاسبه الشخصي.

الخاتمــــة

الخاتمة

الحمد لله الذي بحمده تتم الصالحات وترفع الدرجات والصلاة والسلام على رسوله الأمين محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهداه .

أما بعد :

فإنني بعد البحث والتدقيق في هذا الموضوع لا أزعم أنني قد توصلت إلى نتائج كانت غائبة عن أذهان العلماء الذين بحثوا في العقوبات عموماً ، أو في العقوبة التعزيرية على وجه الخصوص قديماً وحديثاً ، ولكنني من خلال استقراء الأحكام الجزئية الواردة في باب التعزير خصوصاً ، وباب العقوبات عموماً حددت مفهوم التعزير ببيان تعريفه والفرق بينه وبين ما يشبهه ، وبيان خصائصه . وعن طريق ربط ذلك بأحكام الاجتهاد وشروطه وضوابطه استطعت أن أرصد المبادئ العامة التي يجمع عليها الفقهاء ، أو تتضافر عليها الأدلة ورأيت أنه يمكن أن تكون بمثابة قواعد يرتكز عليها اجتهاد القاضي في تقدير العقوبة التعزيرية ، فيتصرف في إطارها ، ويلتزم حدودها ، ويمكن محاسبته إذا أخل بها من قبل المحاكم المكلفة بمراجعة حكمه .

وقد أجملت أهم تلك النتائج فيما يلي:

١-أن التعزير يمثل النوع الأكثر وقوعاً من الأحكام العقابية على مر العصور .

٢-أن التعزير يختلف عن الحد والقصاص في كثير من الأحكام وأهمها :

أ- أنه عقوبة غير مقدرة .

ب- أن تقدير التعزير يرجع إلى الإمام أو القاضي .

ج- أنه يثبت مع الشبهة .

د- أنه يثبت بالشاهد الواحد مع اليمين وبشهادة النساء .

هـ- أنه يجري فيه الحلف ويقضى فيه بالنكول .

٣-أن التعزير يتميز بالمرونة في التطبيق لكونه يرجع إلى اجتهاد القاضي .

٤-أن التعزير لا يلزم فيه التساوي بين المكلفين الذين يرتكبون المعصية نفسها .

٥-الاجتهاد في التعزير لا يكون ممن ليس أهلاً للنظر والاجتهاد .

٦-الحكم بالتعزير اجتهادي فلا ينقض باجتهاد مثله .

٧-الحكم بالتعزير لا يكون إلا بما هو من جنس ما ورد الشرع به .

٨-التعزير في الجناية التي من جنسها حد يجب ألا يتجاوز الحد .

٩-إذا حددت عقوبة تعزيرية من قبل الإمام لا يجوز للقاضي تجاوزها .

١٠-الخطأ في الحكم بالتعزير كخطأ القاضي في غيره من الأحكام .

١١-العقوبة التعزيرية لا بد أن تكون متناسبة مع الجرم ومناسبة لظروف الجاني ودوافعه وطريقة تنفيذه للجريمة.

١٢-التعزير لحق الله يجوز للإمام العفو عنه إذا رأى المصلحة في ذلك، والتعزير لحق الآدمي هو المفوض في العفو عنه.

١٣-استيفاء التعزير لا يكون إلا من الإمام أو من ينيبه.

وختاماً أسأل الله أن يجعل هذا العمل نافعاً لمن كتبه أو قرأه، وأن يرزقنا الإخلاص في القول والعمل إنه سميع مجيب.

ثبت المصادر والمراجع

ثبت المصادر والمراجع

١ . الآمدي ، علي بن أبي علي بن محمد بن سالم ، الإحكام في أصول الأحكام ، تحقيق وتعليق الشيخ عبدالرزاق عفيفي ، نشر المكتب الإسلامي بيروت .

٢ . ابن أبي شيبة ، عبد الله بن محمد ، المصنف في الأحاديث والآثار ، نشر دار القبلة .

٣ .ابن الدهان ، محمد بن علي بن شعيب ، تقويم النظر في مسائل خلافية شائعة ، ، تحقيق صالح الخزيم ، نشر مكتبة الرشد سنة ١٤٢٢هـ .

٤ . ابن القيم ، محمد بن أبي بكر ، إعلام الموقعين عن رب العالمين ، تحقيق محمد عبدالسلام إبراهيم ، نشر دار الكتب العلمية بيروت سنة ١٤١١هـ .

٥ . ابن القيم ، محمد بن أبي بكر ، تهذيب سنن أبي داود ، نشر دار الكتب العلمية بيروت ١٤١٥هـ.

٦ . ابن القيم ، محمد بن أبي بكر ، مفتاح دار السعادة ، دار الكتب العلمية – بيروت .

٧ . ابن النجار ، محمد بن أحمد الفتوحي ، الكوكب المنير شرح مختصر التحرير ، تحقيق نزيه حماد ومحمد الزحيلي ، نشر مكتبة العبيكان الرياض ١٤١٨هـ .

٨. ابن أمير حاج، محمد بن محمد، التقرير والتحبير شرح التحرير نشر دار الكتب العلمية الطبعة الثانية سنة١٤٠٣هـ.

٩ .ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم الحراني، السياسة الشرعية نشر وزارة الشؤون الإسلامية بالمملكة العربية السعودية الطبعة الأولى سنة ١٤١٨هـ.

١٠ .ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم الحراني، مجموع الفتاوى، جمع الشيخ عبدالرحمن بن قاسم، نشر مجمع الملك فهد سنة ١٤١٦هـ.

١١ .ابن حبان، محمد بن حبان البستي، الصحيح، تحقيق شعيب الأرناؤوط، نشر مؤسسة الرسالة بيروت الطبعة الأولى سنة ١٤١٤هـ.

١٢ .ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني، فتح الباري، نشر دار المعرفة – بيروت، تبويب وترقيم محمد فؤاد عبد الباقي سنة ١٣٧٩ .

١٣ . ابن حمدان، أحمد بن حمدان الحراني، صفة الفتوى والمفتي والمستفتي، نشر المكتب الإسلامي بيروت، الطبعة الرابعة سنة ١٤٠٤هـ.

١٤ .ابن حنبل، أحمد بن محمد، المسند، تحقيق شعيب الأرناؤوط، نشر المكتب الإسلامي.

١٥ . ابن رشد، المقدمات الممهدات، دار الغرب الإسلامي الطبعة الأولى سنة ١٤٠٨هـ .

١٦ .ابن شبة، عمر بن زيد، تاريخ المدينة، جدة – السعودية، سنة ١٣٩٩هـ.

١٧ .ابن عاشور التونسي ، التحرير والتنوير ، الدار التونسية للنشر – تونس ، سنة ١٩٨٤ هـ .
١٨ .ابن فارس ، محمد بن فارس بن زكريا ، مقاييس اللغة ، تحقيق عبد السلام هارون ، نشر دار الفكر سنة ١٣٩٩هـ.
١٩ .ابن فرحون ، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، نشر مكتبة الكليات الأزهرية الطبعة الأولى سنة ١٤٠٦هـ .
٢٠ .ابن قدامة ، عبد الله بن أحمد ، المغنى ، نشر مكتبة القاهرة سنة ١٣٨٨هـ.
٢١ .ابن قدامة ، روضة الناظر نشر مؤسسة الريان سنة ١٤٢٣هـ.
٢٢ .ابن ماجه ،محمد بن يزيد القزويني ، سنن ابن ماجة ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، نشر دار إحياء الكتب العلمية .
٢٣ .ابن منظور ، محمد بن مكرم ، لسان العرب ، ، تحقيق عبد السلام هارون ، تصوير دار صادر بيروت سنة ١٤١٤ هـ .
٢٤ .ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم ، الأشباه والنظائر ، نشر دار الكتب العلمية بيروت .
٢٥ .ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم ، البحر الرائق ، نشر دار الكتاب الإسلامي بيروت .
٢٦ .أبو زهرة ، محمد ، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي – العقوبة – نشر دار الفكر العربي القاهرة سنة ١٣٩٤هـ.

٢٧. الأزهري، محمد بن أحمد، تهذيب اللغة، تحقيق محمد عوض مرعب، نشر دار إحياء التراث العربي بيروت سنة ٢٠٠١م

٢٨. الألباني، محمد ناصر الدين، صحيح الجامع الصغير وزياداته، نشر المكتب الإسلامي.

٢٩. الإيجي، عبد الرحمن بن أحمد، شرح مختصر ابن الحاجب مع حاشية التفتازاني والجرجاني، نشر المطبعة الأميرية بولاق – القاهرة مراجعة شعبان محمد إسماعيل.

٣٠. بارع توفيق، كنوز السنة النبوية ،المكتبة الشاملة (نشر رقمي).

٣١. البخاري، محمد بن إسماعيل الجعفي، صحيح البخاري، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، نشر دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية)، الطبعة الأولى سنة ١٤٢٢هـ.

٣٢. البزدوي، أصول البزدوي، مطبوع مع شرحه كشف الأسرار للبخاري. نشر دار الكتاب الإسلامي بيروت.

٣٣. البهنسي، أحمد فتحي، العقوبة في الفقه الإسلامي، دار الرائد – لبنان، الطبعة الثانية سنة ١٤٠١هـ.

٣٤. البهنسي، أحمد فتحي، مدخل الفقه الجنائي الإسلامي، دار الشروق، الطبعة الرابعة سنة ١٤٠٥هـ.

٣٥ .البهوتي ، منصور بن يونس ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، نشر دار الكتب العلمية بيروت .
٣٦ .البيهقي ، أحمد بن الحسين ، السنن الكبرى ، تحقيق عبد الله هاشم المدني .
٣٧ . تاريخ المدينة لابن شبة ، عمر بن زيد ، تحقيق فهيم شلتوت ، سنة ١٣٩٩هـ جدة .
٣٨ .الترمذي ، العلل الكبير ، الطبعة الأولى ، تحقيق صبحي السامرائي ، أبو المعاطي النوري ، محمود خليل الصعيدي ، نشر عالم الكتب ، مكتبة النهضة العربية –بيروت سنة ١٤٠٩هـ .
٣٩ .الجزيري ، عبد الرحمن بن محمد عوض الفقه على المذاهب الأربعة نشر دار الكتب العلمية بيروت ، الطبعة الثانية سنة ١٤٢٤ هـ -٢٠٠٣ م .
٤٠ .الجصاص ، الفصول في الأصول ، نشر وزارة الأوقاف الكويتية ، الطبعة الثانية سنة١٤١٤هـ .
٤١ .الجوهري ، إسماعيل بن حماد ، الصحاح ، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار ، نشر دار العلم للملايين –بيروت الطبعة الرابعة سنة ١٤٠٧هـ.
٤٢ .الجويني ، عبد الملك بن عبد الله ، إمام الحرمين ، البرهان في أصول الفقه ، نشر وزارة الأوقاف بدولة قطر ، تحقيق محمد عبد العظيم الديب .

٤٣. الحاكم النيسابوري، محمد بن عبد الله بن محمد، المستدرك على الصحيحين، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، نشر دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى سنة١٤١١هـ.

٤٤. الخرشي، محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل، نشر دار الفكر للطباعة – بيروت .

٤٥. الدارقطني، علي بن عمر، السنن، نشر دار المعرفة بيروت سنة ١٣٨٦هـ.

٤٦. الرملي، محمد بن أبي العباس أحمد، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، نشر دار الفكر العربي بيروت سنة ١٤٠٤هـ.

٤٧. الزركشي، محمد بن عبد الله بن بهادر، البحر المحيط، نشر دار الكتبي ١٤١٤هـ.

٤٨. الزركشي، محمد بن عبد الله بن بهادر، المنثور في القواعد الفقهية، تحقيق تيسير فائق وطبعة وزارة الأوقاف الكويتية سنة ١٤٠٥هـ.

٤٩. السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، نشر دار المعرفة بيروت سنة ١٤١٤هـ.

٥٠. الشاطبي ،إبراهيم بن موسى، الموافقات، تحقيق مشهور حسن، نشر دار ابن عفان سنة ١٤١٦هـ.

٥١. شيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي.

٥٢. الصاوي، أحمد بن محمد الخلوتي، بلغة السالك لأقرب المسالك . نشر دار الكتب العلمية بيروت سنة ١٤١٥هـ.
٥٣. الصبان، محمد بن علي، نظم السلم، مطبوع مع شرح السلم للملّوي، نشر مطبعة مصطفى البابي-مصر، الطبعة الثانية سنة ١٣٥٧هـ.
٥٤. الطبراني، الروض الداني إلى المعجم الصغير، نشر المكتب الإسلامي – بيروت، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٥ – ١٩٨٥.
٥٥. الطرابلسي، علي بن خليل، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، نشر دار الفكر.
٥٦. الحجيلان، عبد العزيز بن محمد، والميمن، إبراهيم بن محمد، التعزير بالخدمة الاجتماعية، نشر مركز التميز البحثي سنة١٤٣١هـ.
٥٧. عبدالعزيز عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية، نشر دار الكتاب العربي القاهرة، الطبعة الثانية سنة ١٣٧٥هـ.
٥٨. العربي، محمد حمزة، المبادئ القضائية التي استقر عليها اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية بالمملكة الأردنية الهاشمية من سنة ١٩٧٣-١٩٨٣م، نشر دار الفرقان للنشر والتوزيع ١٤٠٤هـ.
٥٩. العظيم أبادي، محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، عون المعبود شرح سنن أبي داود، ومعه حاشية ابن القيم، نشر دار الكتب العلمية –بيروت الطبعة الثانية سنة ١٤١٥ هـ.

٦٠ .عمر، أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، الطبعة الأولى، نشر عالم الكتب سنة ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨.

٦١ .العيني، بدر الدين، البناية شرح الهداية ، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى سنة١٤٢٠هـ .

٦٢ .القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء، الأحكام السلطانية الطبعة : الثانية ، نشر دار الكتب العلمية - بيروت ، سنة ١٤٢١هـ.

٦٣ .القرافي، أحمد بن إدريس، أنوار البروق في أنواء الفروق، نشر عالم الكتب بدون تأريخ.

٦٤ .القرافي، أحمد بن إدريس، شرح تنقيح الفصول، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، نشر دار الفكر لبنان.

٦٥ .الكاساني، مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع، نشر الكتب العلمية سنة ١٤٠٦هـ.

٦٦ .الماوردي، الحاوي الكبير، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت سنة ١٤١٩هـ.

٦٧ .المباركفوري، تحفة الأحوذي شرح جامع الترمذي، نشر دار الكتب العلمية بيروت.

٦٨. المرداوي، علي بن سليمان، التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، تحقيق: د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح، نشر مكتبة الرشد –السعودية، الطبعة الأولى سنة١٤٢١هـ - ٢٠٠٠.

٦٩. مسلم بن الحجاج بن مسلم النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، نشر دار إحياء التراث العربي.

٧٠. النسائي، أحمد بن شعيب الخراساني، السنن الكبرى، تحقيق حسن شلبي، نشر مؤسسة الرسالة سنة ١٤٢١هـ.

٧١. النميري، أحمد بن حمدان، صفة الفتوى والمفتي والمستفتي، تحقيق محمد ناصر الدين الألباني، نشر المكتب الإسلامي – بيروت، الطبعة الثالثة سنة ١٣٩٧هـ.

٧٢. النووي، يحيى بن شرف، روضة الطالبين، نشر المكتب الإسلامي بيروت سنة ١٤٠٥هـ.

٧٣. يوسف خلاد، الاجتهاد القضائي– المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في المواد المدنية والتجارية.

74.http://www.alriyadh.com/2..6/12/12/article2.8468.html.

75.http://www.alriyadh.com/٥./٦./٢,١٣/article٨٤١٢١١.html

76.http://www.alsharq.net.sa/2.12/.6/24/359579.

77.http://www.boe.gov.sa/ViewSystemDetails.aspx?lang=ar&SystemID=#٣٢٦search.

78. www.alsunnah.com

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

الموضوع	ص
المقدمة	٥
أهمية موضوع البحث	٦
تساؤلات البحث	٧
تقسيمات البحث	٨
منهج البحث	٩
المبحث الأول : مفهوم التعزير	١٣
تعريف التعزير	١٣
العلاقة بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي	١٥
الفرق بين التعزير والحد	١٦
خصائص التعزير	١٧
المرونة في التطبيق	١٧
العفو عن التعزير	٢٠
السقوط بالتوبة	٢١

الموضوع	ص
استيفاء التعزير	٢٣
المبحث الثاني: المبادئ العامة لاجتهاد القاضي في الأحكام	٢٥
تمهيد في مفهوم مبادئ الاجتهاد	٢٧
المراد بمبادئ الاجتهاد في هذا البحث	٣١
مبدأ أهلية الاجتهاد	٣٢
مبدأ لا اجتهاد في مقابلة النص	٣٦
مبدأ العفو عن خطأ المجتهد	٣٨
مبدأ عدم نقض الاجتهاد بمثله	٤٠
المبحث الثالث: المبادئ الخاصة بالاجتهاد في التعزير	٤٥
مبدأ شرعية العقوبة	٤٨
تطبيقات هذا المبدأ	٥٤
مبدأ شخصية العقوبة	٥٦
تطبيقات هذا المبدأ	٥٩
مبدأ عدالة العقوبة	٦٠
تطبيقات على العدالة في العقوبة التعزيرية	٦٣

الموضوع	ص
مبدأ التناسب بين العقوبة والجريمة	٦٤
تطبيقات التناسب بين الجريمة والعقوبة التعزيرية	٦٦
مبدأ الرحمة بالجاني والمجتمع	٧٠
الأدلة على هذا المبدأ	٧١
تطبيقات على هذا المبدأ	٧٣
مبدأ جلب المصالح ودرء المفاسد	٧٤
تطبيقات هذا المبدأ	٧٥
الخاتمة	٧٧
ثبت المصادر والمراجع	٨٣
فهرس الموضوعات	٩٥